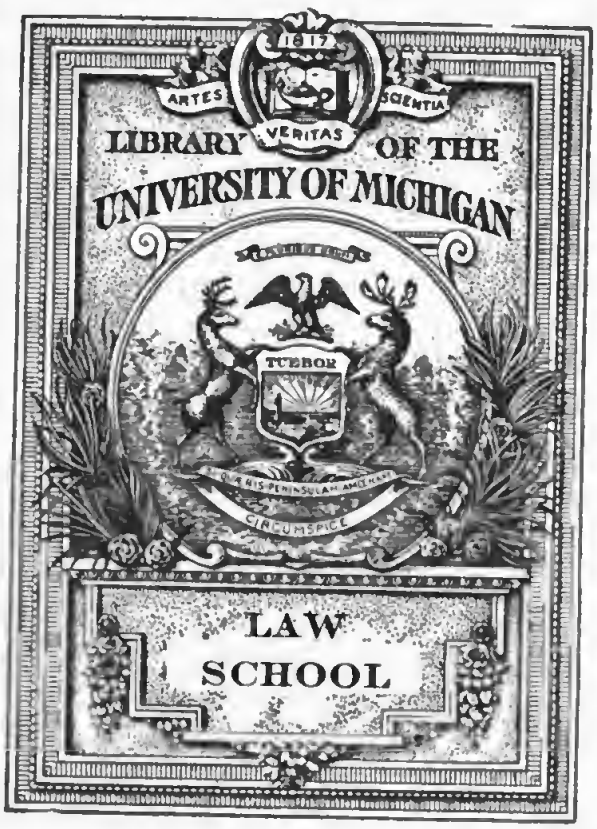
Annex
Journals
KKC
3049
.J34x

Annex
Journals
KKC
3049
.J34x

KKC3049 .J34x



(FL2
.J26)
Stor
a3785

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Vierter Band.

Tübingen, 1892.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des vierten Bandes.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

		Seite
1.	Die Anfechtung einer Rechtshandlung ist auf die Gültigkeit und Wirksamkeit von Rechten, welche inzwischen Dritte von dem Anfechtungsgegner erworben haben, ohne Einfluß	1
2.	Klage gegen den Ortsarmenverband auf Feststellung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit des von dem letzteren auf Ersatz der von ihm nach Maßgabe des Unterstützungswohnsitzgesetzes geleisteten Unterstützung in Anspruch genommenen Dritten zur Unterhaltung des Unterstützten	7
3.	Darf ein Antrag auf Kostenfestsetzung in demselben Rechtsstreit nur einmal gestellt werden?	9
4.	Berechnung von Schreibgebühren für Urschriften, welche von dem Anwalt selbst geschrieben sind (R.A.G.O. § 76) . . .	10
5.	Der Vertrag über Auflösung eines Liegenschaftskaufvertrags bedarf keiner Form. Auf die Bezeichnung des Vertrags kommt es nicht an	12
6.	Handlungsunfähigkeit eines Geisteskranken, Differenzgeschäfte .	17
7.	Verlust des Besitzes an einem Faustpfand	21
8.	Fällt die Legung von Röhren unterhalb der Oberfläche des Bodens unter den Artikel 72 der Neuen Bauordnung? . . .	23
9.	Negatorische Klage gegen das Eindringen von Bienen . . .	25
10.	Rechtshängigkeit. Negatorische Klage wegen übler Gerüchte .	28
11.	Negatorische Klage	31
12.	Negatorische Klage. Miteigentum	33
13.	Teilung eines Hauses	35
14.	Teilungsklage (actio communi dividundo) in Beziehung auf gemeinschaftliche Liegenschaft	37
15.	Haftung der Pfandbehörde für unrichtigen Anschlag der Unterpfänder	44
16.	Erfordernisse einer Faustpfandurkunde	51

2255393

Digitized by Google

		Seite
17.	Wie lange bleibt der Anbietende durch einen Vertragsantrag gebunden?	52
18.	Haftung desjenigen, der als Bevollmächtigter handelt, ohne es zu sein	54
19.	Verkauf eines Geschäfts mit der Kundschaft	57
20.	Irrtum über den Meßgehalt eines Grundstücks	58
21.	Bei der Frage, ob dem Käufer das Nichtkennen des Mangels des gekauften Gegenstandes zur Schuld anzurechnen ist, ist der Maßstab des Sachverständigen anzulegen, wenn der Käufer Sachverständiger ist	64
22.	Anspruch auf sogenannte Platzspesen	65
23.	Die Abtretung einer Forderung an den Bürgen kann auch noch nach der Zahlung durch diesen geschehen	129
24.	Schadensersatzklage gegen einen Anwalt	132
25.	Haftung eines Wundarztes für Kunstfehler	136
26.	Verbot des Betreibens eines Geschäftes innerhalb eines bestimmten Kreises	148
27.	Eingehung eines Verlöbnisses	159
28.	Heiratgutsbestellung	161
29.	Alimentationspflicht des Ehemanns	162
30.	Ist der Anspruch der Ehefrau auf Erhöhung der ihr von dem Ehemann während faktischer Trennung der Ehe zureichenden vertragsmäßigen Alimente gegründet, wenn sich das im Besitze des Ehemanns befindliche gemeinschaftliche Vermögen vermehrt hat, oder wenn die Alimente für das Bedürfnis der Ehefrau nicht mehr ausreichen?	165
31.	Was ist unter unbeschränktem Verwaltungsrecht zu verstehen?	168
32.	Recht zur Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach Scheidung der Ehe. Können mit der Geschäftsführungsklage Alimente für die Zukunft verlangt werden?	172
33.	Vermutung für die Vaterschaft eines Kindes bei einer Putativehe	175
34.	Erbrecht des unehelichen Vaters an dem unehelichen Kind. Wiedereinsetzung gegen einen Vergleich. Fehlende obervormundschaftliche Genehmigung	176
35.	Einheit der Handlung bei der Testaments-Errichtung. Aus der Unabänderlichkeit einer Zuwendung an das Kind folgt noch nicht ein Recht des Vaters auf die Nutznießung an derselben	184
36.	Erbeinsetzung oder Vermächtnis? Teilung des Nachlasses unter Descendenten	187
37.	Liegt in der Erklärung, zu Gunsten eines Andern auf die Erbschaft verzichten zu wollen, der Antritt einer Erbschaft?	190
38.	Auslegung eines Testamentes bezüglich des Ausdrucks „nächste „Verwandte“	192

Seite

39. Nachdruck; Teilnahme; gewerbsmäßige Verbreitung des nachgedruckten Werkes, Schadensersatz 196
40. Verletzung des Patentschutzes 203
41. Erfüllungsort bei Zurückzahlung eines Darlehens 208
42. Der Hausvater ist für sein Hauskind die Kosten eines Prozesses zu bestreiten schuldig 209
43. Kann die Bestätigung eines Adoptionsvertrags im Wege der Dienstaufsicht aufgehoben werden? 210
44. Besportelung einer Beibringensinventur 211
45. Gebühren eines Notars für Einzug des Fahrnis-Erlöses in einer Verlassenschafts-Sache 213
46. Zu Art. 16 des Handels-Gesetz-Buchs 215
47. Verpflichtung eines landwirtschaftlichen Konsumvereins zur Anmeldung des Vereins behufs Eintrags in das Genossenschaftsregister 217
48. Beginn des Laufs der Verjährung einer im Konkursverfahren festgestellten Forderung nach Maßgabe des Gesetzes vom 6. Mai 1852. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis . . 218
49. Festsetzung von Kosten auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, dessen Vollstreckung gemäß § 10 des Anfechtungsgesetzes vom Eintritt der Rechtskraft der gegen den Schuldner ergangenen Entscheidung abhängig gemacht wird 222
50. Ungültigkeit der Bestellung eines Vormunds im Fall des Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen der Anordnung einer Vormundschaft 255
51. Zulässigkeit der Einrede des Wuchers gegen eine vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 24. Mai 1880 kontrahierte Schuld. Begründung der Einrede. Eideszuschiebung über einzelne Thatbestandsmerkmale des Wuchers 258
52. Liegenschaftsgesetz: Bezeichnung von Ort und Tag des Vertragsschlusses sowie des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde 273
53. Gewährleistung für den Mangel einer vertragsmäßigen Eigenschaft eines Haustiers im Fall der Kenntnis dieses Mangels auf Seiten des Veräußerers zur Zeit des Vertragsabschlusses nach dem bayerischen Gewährleistungsgesetze vom 26. März 1859. Geltendmachung des Mangels durch bestimmte Bezeichnung desselben in der Klage oder in der Streitverkündigung. Garantie für „schweren Zug" ist nicht gleichbedeutend mit Garantie für „gut im Zug" 278
54. Regreßklage wegen unrichtiger amtlicher Beurkundung der Vermögens- und Kreditverhältnisse 283
55. Zulässigkeit der Uebertragung der Ansprüche aus einer Dienstmiete und der Klage auf Erfüllung eines Dienstmietevertrags

Seite

gegen den Vermieter. Einseitige vorzeitige Aufhebung einer Dienstmiete aus wichtigen Gründen 288

B. in Strafsachen.

1. § 76 d. Geb.-Ord. f. R.-Anwälte 68
2. Muß eine polizeiliche Strafverfügung bekannt gemacht sein, um die Verjährung zu unterbrechen? 69
3. Unstatthaftigkeit von Beschwerden gegen die Begründung eines Beschlusses. Umfang des durch § 209 d. St.P.O. gewährten Beschwerderechts 71
4. Der Thatbestand der Uebertretung im Sinne des Art. 17 Ziff. 4 des Landesgesetzes, betreffend die Regelung der Jagd, vom 27. Okt. 1855 72
5. Vorsätzliche Körperverletzung: Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns 74
6. Art. 7 Ziff. 3 des W. Polizeistrafgesetzes v. 27. Dez. 1871 75
7. Notwendige Auslagen des Nebenklägers 78
8. Bekanntmachung der Strafbescheide der Verwaltungsbehörden in dem Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebungen öffentlicher Abgaben und Gefälle 224
9. Verfehlungen gegen das Reichsgesetz, betr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen, vom 23. Juni 1880 . . . 297
10. Erfordert der Begriff der Beleidigung (St.G.B. § 185) einen Angriff auf den sittlichen Wert des Andern? 303
11. Beleidigung durch eine Postkarte 304
12. Ne bis in idem. Zulässigkeit des Einwands in der Revisionsinstanz 305
13. Amtsvergehen eines in egyptischen Diensten stehenden deutschen Reichsangehörigen. Konsulargerichtsbarkeit. Exterritorialität . 306
14. Legitimation des Ortsvorstehers zur Vertretung der Gemeinde bezüglich des Anspruchs auf Zuweisung einer gerichtlich erkannten Geldstrafe an die Gemeindekasse 310
15. Voraussetzungen für die Zulässigkeit weiterer, eine Verhaftung betreffender Beschwerde 311
16. Gerichtsstand der zu einer Kontrolversammlung einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes 313
17. Notwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung über den Anspruch des Nebenklägers. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Fristversäumung des Nebenklägers 316
18. Der Thatbestand des § 360 Nr. 13 des St.G.B. 323

Abhandlungen.

Seite

Zur Lehre von der zeitlichen Trennung der Ehe (Toleramus) nach dem protestantischen Eherechte Württembergs 80

Welche Stellung hat die Staatsanwaltschaft bei ihrem Beschluß über die Erhebung der öffentlichen Klage? 96

Mitteilungen aus dem württ. Landesstrafrecht 107

1. Der Verkauf, das Anbieten oder Feilhalten von Losen auswärtiger, in Württemberg nicht genehmigter Lotterien an verschiedene Personen dieses Staates ist eine einheitliche Gesamtstrafthat . . 108

2. Beschränkung der in Württemberg für die Fälle des § 39 R.St.P.O. und für Forstrügesachen geltenden vereinfachten Zustellungsweise auf Zustellung innerhalb des Landes 116

Unterliegen die Forderungen des Staates (Fiskus) auf Rückersatz der für die Zöglinge, Alumnen ꝛc. der württemb. theologischen Konvikte, Seminarien, der Schullehrerseminarien aufgewendeten sog. Studienkosten dem württ. Verjährungsgesetze v. 6. Mai 1852? 121

Kleinere Mitteilungen aus der Praxis:

Die Haftung des falsus procurator 233

Teilung von Klagen 238

Beitrag zur Lehre von der Verwendungsklage (actio de in rem verso) 245

Ist für die gleichzeitige Entscheidung (einschließlich des Verfahrens) über Anträge auf Entmündigung oder Wiederaufhebung derselben wegen Verschwendung und Geisteskrankheit nur der einmalige Ansatz der Gerichtsgebühr § 34 Ziffer 1 (früher Ziff. 2) des G.K.G. begründet oder ist der Wert der Anträge zum Zweck des Gebührenansatzes zusammenzurechnen? 327

Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Beaufsichtigung sog. reiner Familienstiftungen 331

Seite

Die Pfandklage des württ. Unterpfandrechts und ihr Verhältnis zu § 710 der C.P.O. 338

Zwangsvollstreckung in Ansprüche aus Lebensversicherung 366

Zur Frage der Bevormundung minderjähriger Württemberger, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben . . 378

Mitteilung des Vorstands der Anwaltskammer, betreffend die Veröffentlichung der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs 325

Alphabetisches Sachregister 383

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Die Anfechtung einer Rechtshandlung ist auf die Gültigkeit und Wirksamkeit von Rechten, welche inzwischen Dritte von dem Anfechtungsgegner erworben haben, ohne Einfluß.

Am 24. Okt. 1887 hat der Seckler Jakob Demuth von Laichingen O.A. Münsingen die Beibringensforderung seiner Ehefrau Barbara geb. Baur im Betrag von 1615 M. 54 Pf. unterpfändlich auf seiner Liegenschaft sichergestellt, welche der Stiftungspflege Laichingen für ein Kapital von 1100 M. mit erstem Rechte verpfändet war.

Die Pfandbestellung zu Gunsten der Demuth'schen Ehefrau wurde in der Folge von einem Gläubiger ihres Ehemanns, dem Leinwandweber Michael Hermann von Laichingen, dem jetzigen Bekl., mittelst einer der Barbara Demuth am 13. Juli 1888 zugestellten Klage auf Grund des § 3 Nr. 1 u. 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 angefochten und es erwirkte der Anfechtungskläger in der Berufungsinstanz unterm 21. Febr. 1889 ein seinem Klageantrag entsprechendes Urteil des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts dahin: die Bekl. hat anzuerkennen, daß das ihr von ihrem Ehemann am 24. Okt. 1887 für ihre Beibringensforderung von 1615 M. 54 Pf. auf seinem zur Markung Laichingen gehörigen Anwesen eingeräumte Unterpfand dem Kl. gegenüber ohne rechtliche Wirkung ist; sie hat demgemäß zuzugeben, daß der aus dem ver-

pfändeten Anwesen im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielende Erlös dem Kläger zur Befriedigung für die ihm gegen den Ehemann der Bekl. zustehende Forderung von 723 M. 50 Pf. nebst 6 % Zinsen aus 340 M. vom 2. Jan. 1887 und aus 335 M. vom 25. April 1887 an ohne Rücksicht auf das obenbezeichnete Unterpfandsrecht ausgefolgt werde.

Die in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Demuth'schen Eheleute schuldeten ferner dem Lederfabrikanten Karl Bierling in Gera, dem jetzigen Kl., die Summe von 574 M. Wegen der Hälfte dieser Schuld erhob Bierling beim K. Amtsgericht Münsingen gegen Barbara Demuth Klage, welche zugleich gegen beide Eheleute auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehefrau gerichtet war, und es ergieng am 2. Juli 1888 auf Grund Anerkenntnisses ein Urteil des Amtsgerichts, durch welches Barbara Demuth verurteilt wurde, an den Kl. die Summe von 287 M. nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen, die beiden Eheleute aber verurteilt wurden, zu Befriedigung des Kl. für seine Forderung an Barbara Demuth auch deren Beibringen und hälftigen Errungenschaftsanteil in Angriff nehmen zu lassen.

Durch Beschluß des Amtsgerichts Münsingen vom 16. Juli 1888 wurde sodann zufolge Antrags des Kl. wegen der ihm nach dem Anerkenntnisurteil und einem Kostenfestsetzungsbeschluß gegen die Ehefrau Demuth zustehenden Forderung die der Schuldnerin laut des Pfandeintrags vom 24. Okt. 1887 gegen ihren Ehemann zustehende Beibringensforderung auf Höhe von 406 M. gepfändet und zugleich dem Kl. zur Einziehung überwiesen. Dieser Pfändungsbeschluß ist den Demuth'schen Eheleuten am 17. bezw. 19. Juli zugestellt worden; schon vorher aber hatte der Vertreter des Kl. auf Grund des Anerkenntnisurteils vom 2. Juli 1888 den Eheleuten Demuth je am 3. Juli 1888 gemäß § 744 der C.P.O. Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung mit den vorgeschriebenen Aufforderungen zustellen lassen.

In dem auf Betreiben des Bekl. durch Beschluß des Amtsgerichts Münsingen vom 23. April 1889 angeordneten Zwangs-

vollſtreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen des Jakob Demuth hat auch Kl. ſeinen Anſpruch aus der Pfändung und Ueberweiſung der Beibringensforderung der Demuth'ſchen Ehefrau geltend gemacht und Befriedigung aus dem Erlöſe der Liegenſchaft nach Vorgang der mit erſtem Recht eingetragenen Pfandforderung der Stiftungspflege Laichingen verlangt.

Die vom Gemeinderat auf den 11. Nov. 1889 gefertigte Verweiſung ging aber dahin, daß aus dem Liegenſchaftserlöſe von 2364 M. 2 Pf. zunächſt die Koſten des Verfahrens, die Staats-, Amtskörperſchafts- und Gemeindeabgaben, ſodann die Stiftungspflege Laichingen als erſte Pfandgläubigerin, hierauf der Bekl. mit ſeiner Forderung im ganzen Betrage befriedigt werden ſollten, wogegen dem Kl. für ſeinen Anſpruch gegen die Demuth'ſche Ehefrau in dem einſchließlich der Zinſen auf 438 M. 3 Pf. berechneten Betrage nur die nach Befriedigung des Bekl. übrig bleibenden 124 M. 10 Pf. zufallen ſollten, ſo daß er mit dem Reſte von 313 M. 93 Pf. durchgefallen wäre. Dieſe Verweiſung wurde von der Vollſtreckungsbehörde damit begründet: Der Gläubiger Hermann ſei nach dem Urteil des O.L.Gerichts vom 21. Febr. 1889 ohne Rückſicht auf das der Ehefrau eingeräumte Unterpfandsrecht zu befriedigen; auch vor dem Gläubiger Bierling, welcher als Rechtsnachfolger der Ehefrau erſcheine, ſei Hermann zu befriedigen, da dem Bierling nicht mehr Rechte haben überwieſen werden können, als der Ehefrau ſelbſt zugeſtanden haben.

Kl. hat gegen die Verweiſung nach Vorſchrift des Art. 25 der Württ. Subhaſtationsordnung Widerſpruchsklage erhoben mit dem Antrage, zu erkennen:

1) daß der Bekl. das Recht, den aus den Liegenſchaften des Secklers Jakob Demuth in Laichingen im Wege der Zwangsvollſtreckung erzielten Erlös für ſeine Forderung an denſelben ohne Rückſicht auf das deſſen Ehefrau Barbara Demuth am 24. Okt. 1887 für ihre Beibringensforderung eingetragene Unterpfandsrecht zu beanſpruchen, dem Kl. gegenüber inſoweit nicht geltend machen könne, als jene Beibringensforderung dem Kl. durch Beſchluß des K. Amtgerichts Münſingen vom 16. Juli

1888 im Wege der Pfändung behufs Befriedigung der Forderung desselben an die Ehefrau zum Einzug überwiesen wurde;

2) daß demgemäß die Verweisung des Gemeinderats zu Laichingen vom 11. Nov. 1889 in der Zwangsvollstreckungssache in das unbewegliche Vermögen des Secklers Jakob Demuth von da dahin abzuändern sei, daß der Liegenschaftserlös über Abzug der Kosten des Verfahrens, der Staats-, Amtskörperschafts- und Gemeindeabgaben und des Betrags der ersten Pfandgläubigerin, der Stiftungspflege Laichingen, mit den vom 11. Nov. 1889 auflaufenden Zinsen zunächst dem Kl. für den vollen Betrag seiner auf den 11. Nov. 1889 zu 438 M. 2 Pf. berechneten Forderung zuzuweisen und zu verabfolgen sei.

Der Bekl. dagegen bat um Abweisung der Klage, indem er die Verweisung des Gemeinderats aus den von diesem angeführten Gründen für gerechtfertigt erachtete und insbesondere noch vorbrachte: Die Verweisung entspreche durchaus dem Urteile des O.L.Gerichts; durch die erfolgreiche Anfechtung der Unterpfandsbestellung sei der infolge derselben entstandene rechtliche und thatsächliche Zustand wiederum ganz beseitigt und der Zustand vor der Rechtshandlung wiederhergestellt worden; die Anfechtung habe also den Erfolg gehabt, daß das bestellte Unterpfand als nicht bestellt anzusehen und die Beibringensforderung der Ehefrau Demuth als eine ununterbrochen ungesicherte zu behandeln sei; es habe die Ehefrau auch nicht am 16. Juli 1888 eine unterpfändlich sichergestellte Beibringensforderung gehabt und es habe also auch nicht eine solche gegen dieselbe zu Gunsten des Kl. gepfändet werden können. Eventuell machte Bekl. weiterhin geltend, daß der Kl. in der Person seines Prozeßbevollmächtigten sofort nach Zustellung der Anfechtungsklage des Bekl. an die Ehefrau Demuth, jedenfalls noch vor Zustellung des Pfändungsbeschlusses vom 16. Juli 1888 an den Drittschuldner Jakob Demuth von der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage Kenntnis gehabt habe; da hiernach ein gutgläubiger Erwerb auf seiten des Kl. nicht vorliege, so sei die Entscheidung des K. Oberlandesgerichts auf die

Anfechtungsklage auch gegen den Kl. als den Rechtsnachfolger der Demuth'schen Ehefrau wirksam und vollstreckbar.

In erster Instanz wurde der Bekl. nach dem Klageantrag verurteilt und die von ihm hiegegen eingelegte Berufung von dem O.L.Gericht zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Da Kläger durch die Pfändung und Ueberweisung der der Barbara Demuth gegen ihren Ehemann Jakob Demuth zustehenden, unterpfändlich versicherten Forderung die Befugnis erlangte, das der Barbara Demuth auf der Liegenschaft ihres Ehemanns eingeräumte Pfandrecht behufs seiner Befriedigung geltend zu machen, so gebührt dem Kläger nach Art. 22 der württ. Subhastationsordnung bei der Verteilung des Erlöses aus der verpfändeten Liegenschaft der Vorrang vor dem Beklagten als nichtberechtigtem einfachem Gläubiger des Jakob Demuth.

Hieran vermag die Thatsache nichts zu ändern, daß der Beklagte das von Jakob Demuth seiner Ehefrau für deren Forderung bestellte Unterpfandsrecht mit Erfolg angefochten hat.

Denn wie aus § 1 vergl. mit § 11 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 erhellt, begründet die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nur deren Unwirksamkeit gegenüber vom anfechtenden Gläubiger und es hat sich demgemäß auch das diesseitige Urteil vom 21. Februar 1889 auf die Feststellung beschränkt, daß jenes Unterpfandsrecht dem damaligen Kläger und jetzigen Beklagten gegenüber ohne rechtliche Wirkung sei. Dagegen blieb in allen übrigen Beziehungen das angefochtene Pfandrecht in voller Wirksamkeit und herrscht insbesondere darüber in Doktrin und Praxis kein Streit, daß die Anfechtung auf die Gültigkeit und Wirksamkeit von Rechten, welche inzwischen Dritte von dem Anfechtungsgegner erworben haben, ohne jeden Einfluß ist. Blieb daher auch die zu Gunsten des Klägers geschehene Pfändung der Unterpfandsforderung der Barbara Demuth von den Wirkungen der Anfechtung des Unterpfands durch den Beklagten vollkommen unberührt, so folgt daraus, daß, obwohl die Pfandgläubigerin Barbara Demuth

in Konkurrenz mit dem Beklagten ihr durch das Pfandrecht begründetes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem liegenschaftlichen Vermögen ihres Ehemanns zufolge der Anfechtung dieses Pfandrechts nicht geltend machen konnte, doch im Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten letzterer auf die gegen Barbara Demuth erstrittene Unwirksamkeit ihres Pfandrechts sich nicht berufen kann, sondern dasselbe als gültig und wirksam anzuerkennen, folglich auch den hieraus abgeleiteten Anspruch des Klägers auf vorzugsweise Befriedigung als begründet anzuerkennen hat.

Was den vom Beklagten in I. Instanz weiter erhobenen Einwand betrifft, daß das diesseitige auf seine Anfechtungsklage gegen Barbara Demuth ergangene Urteil vom 21. Februar 1889 nach § 236 Abs. 3 der Civilprozeßordnung auch gegen den Kläger als den Rechtsnachfolger der Demuth wirksam und vollstreckbar sei, so datiert die Pfändung der Demuth'schen Forderung zufolge der in Gemäßheit des § 744 der Civilprozeßordnung geschehenen vorgängigen Benachrichtigung schon vom 3. Juli 1888, während der Anfechtungsanspruch erst am 13. desselben Monats anhängig wurde, so daß mithin die in der Pfändung als einer dinglichen Belastung des Demuth'schen Unterpfands liegende Veräußerung schon vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs erfolgt ist, also die Bestimmungen des § 236 der Civilprozeßordnung überhaupt keine Anwendung finden können.

Da hiernach die beiden Einwendungen des Beklagten gegen die an sich begründete Klage zu verwerfen waren, so stellt sich die eingelegte Berufung als unbegründet dar, weshalb dieselbe so, wie geschehen, zurückzuweisen und der Beklagte, Berufungskläger, nach § 92 der Civilprozeßordnung auch zur Tragung der Kosten des Rechtsmittels zu verurteilen war.

Urteil des II. Civilsenats des O.L.Gerichts vom 9. Oktober 1890 in Sachen des Webers M. H. von Laichingen, Bekl., Bfgskl., gegen den Kaufmann K. B. zu Gera, Kl., Bfgsbekl.

2.

Klage gegen den Ortsarmenverband auf Feſtſtellung des Nichtbeſtehens der Verbindlichkeit des von dem letztern auf Erſatz der von ihm nach Maßgabe des Unterſtützungswohnſitzgeſetzes geleiſteten Unterſtützung in Anſpruch genommenen Dritten zur Unterhaltung des Unterſtützten.

Der Ortsarmenverband O. erhob gegen den Beklagten Klage auf Erſatz der von ihm dem geiſteskranken Sohne des Beklagten geleiſteten Unterſtützung. Der Beklagte beſtritt ſeine Verpflichtung zur Unterhaltung dieſes Sohns wegen mangelnder Leiſtungsfähigkeit und bat um Abweiſung der Klage und beantragte zugleich gemäß § 253 C.P.O. in der Widerklage die Feſtſtellung, daß er zur Unterhaltung ſeines Sohnes nicht verpflichtet ſei. Die Klage wurde in der zweiten Inſtanz wegen mangelnder Leiſtungsfähigkeit abgewieſen, dagegen in der Widerklage aus folgenden Gründen nach dem Antrag des Beklagten erkannt:

„Die Widerklage bezieht ſich nicht bloß auf die vom Kläger bereits geleiſtete, ſondern auch auf die zukünftig zu leiſtende Unterſtützung des Sohns des Beklagten.

Die Feſtſtellungsklage des § 253 C.P.O. ſetzt ein im Lauf des Prozeſſes ſtreitig gewordenes Rechtsverhältnis voraus, von deſſen Beſtehen oder Nichtbeſtehen die Entſcheidung des Rechtsſtreits ganz oder zum Teil abhängt. Nimmt man nun auch an, daß es ſich bei den Feſtſtellungsklagen der §§ 231 und 253 C.P.O. um ein Rechtsverhältnis *zwiſchen den Parteien*, d. h. um irgend welche rechtliche Beziehung, aus welcher Rechte oder Pflichten *der Parteien* entſtehen, handeln müſſe, da nur zwiſchen dieſen eine der Rechtskraft fähige Entſcheidung erfolgen könne [1]), ſo kann zunächſt nicht bezweifelt

1) Entſch. d. R.G. VI, 387, 397, VII, 419, X, 368, *Seuffert's* Arch. XXXVII, Nr. 2, XLII, Nr. 186; a. A. *Wach*, Feſtſtellungsanſpruch S. 48 f., *Wilmowski-Levy*, C.P.O. 4. A. S. 328, *Gaupp*, C.P.O. 2. A. I, 446 f.

werden, daß, soweit der Kläger dem geisteskranken Sohne des Beklagten bereits Unterstützung gereicht hat, gemäß § 62 Abs. 1 des Unterstützungswohnsitzgesetzes zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis begründet worden ist, vermöge dessen der Beklagte im Fall seiner Leistungsfähigkeit zum Ersatz jener Unterstützung an den Kläger verpflichtet ist. Aber auch bezüglich der zukünftig zu leistenden Unterstützung liegt ein Rechtsverhältnis zwischen dem Armenverband und dem zur Alimentierung des zu Unterstützenden privatrechtlich Verpflichteten vor, sofern der erstere gegen den letzteren nach Art. 48 des Ausführungsgesetzes zum Unterstützungswohnsitzgesetz auf Uebernahme der Unterstützung eines Hilfsbedürftigen und folgeweise auch auf Feststellung der Ersatzverbindlichkeit jenes Verpflichteten bezüglich zukünftiger Unterstützungen klagen kann [1]). Diese Feststellung kann jedoch nur unter der Voraussetzung der Fortdauer der dermaligen Verhältnisse des privatrechtlich zur Alimentierung Verpflichteten erfolgen, da die Leistungsfähigkeit des letztern von diesen Verhältnissen abhängt, solche sich aber jeder Zeit verändern können [2]). Läßt man aber eine positive Feststellungsklage des Armenverbands bezüglich der Verpflichtung zum Ersatz der zu leistenden Unterstützung zu, so ist folgerichtiger Weise auch die auf das Nichtbestehen dieser Verpflichtung gerichtete Feststellungsklage nicht zu beanstanden. Denn das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Beklagte zum Ersatz der zukünftig vom Kläger zu gewährenden Unterstützung verpflichtet ist, ist präjudiziell für die Entscheidung über die Vorklage, weil die Feststellung jenes Nichtbestehens auf der dermaligen Leistungsunfähigkeit des Beklagten beruht.

Die Widerklage ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil sie ihrem Wortlaut nach zunächst nicht auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zwischen den Par-

1) Entsch. d. O.L.Gerichts II. Sen. vom 27. Jan. 1881 in Sachen B. gegen Armenverband St., Entsch. des R.G. II, 45 ff., IV, 149 ff., jurist. Wochenschr. von 1884 S. 211, Wilmowski-Levy a. a. O.

2) Entsch. d. R.G. IV, 155.

teien, sondern auf die Feststellung des Nichtbestehens der Alimentationsverbindlichkeit des Beklagten gegenüber dem geisteskranken Sohne desselben gerichtet ist. Denn mittelbar geht die Widerklage, da von dieser Alimentationsverbindlichkeit die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz der von dem Kläger geleisteten oder zu leistenden Unterstützung abhängt, auch auf die Feststellung des Nichtbestehens dieser Verpflichtung."

Urteil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 23. Okt. 1890 in Sachen M. gegen Ortsarmenverband O.

3.

Darf ein Antrag auf Kostenfestsetzung in demselben Rechtsstreit nur einmal gestellt werden?

Diese Frage hat das Oberlandesgericht abweichend von der Ansicht des Landgerichts zu —, welches sich bei Beantwortung der Frage an die Entsch. des R.G. XXV, 408 f. angeschlossen hat, aus folgenden Gründen verneint:

„Die C.P.O. enthält in den §§ 98 und 99 keine Bestimmung, daß ein Antrag auf Kostenfestsetzung in demselben Rechtsstreit nur einmal gestellt werden dürfe. Dieser Grundsatz kann daher in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung auch nicht aus dem Zweck, daß die zu erstattenden Kosten in erschöpfender und abschließender Weise festgestellt werden sollen, ohne weiteres abgeleitet werden. Die Rechtskraft des Kostenfestsetzungsbeschlusses aber hat nur die Wirkung, daß die in demselben festgesetzten Posten vom Gegner zu erstatten, nicht aber, daß die in dem Kostenverzeichnis nicht aufgenommenen Posten nicht erstattungspflichtig sind, indem letztere Posten gar nicht den Gegenstand jenes Beschlusses bilden. Andernfalls könnten auch die zur Zeit der Einreichung des Festsetzungsgesuchs bereits entstandenen Kosten, welche eine Partei nicht in der Lage gewesen ist, in dieses Gesuch aufzunehmen, nicht nachträglich zur Festsetzung angemeldet werden, ohne daß die Rechtskraft des ersten Festsetzungsbeschlusses aufgehoben würde. Da-

rüber aber, auf welche Weise dies zu geschehen hätte, enthält die C.P.O. keine Bestimmung.

Gegen die Annahme des vorigen Richters sprechen auch Billigkeitsrücksichten, sofern zumal bei einem umfangreichen Kostenverzeichnis sehr leicht infolge eines verzeihlichen Fehlers einzelne Posten aus dem Kostenverzeichnis ausgelassen werden können, die Nachforderung derselben aber, wenn dieser Fehler erst nach der Rechtskraft des Festsetzungsbeschlusses entdeckt würde, auch im Weg besonderer Klage ausgeschlossen wäre [1]).

Wenn nun auch die Einreichung mehrerer Festsetzungsgesuche und die Erlassung mehrerer Festsetzungsbeschlüsse in demselben Rechtsstreit nicht wünschenswert ist, so bildet doch ein Korrektiv gegen diesen Mißstand die Verurteilung der Partei, welche in der Lage gewesen wäre, die Kosten schon in dem ersten Festsetzungsgesuch zu liquidieren, zur Tragung der durch ein weiteres Kostenfestsetzungsverfahren verursachten Kosten [2]).

Beschluß des II. Sen. des O.L.Gerichts vom 10. Nov. 1890 in der Beschwerdesache Mezger g. Waldenmaier.

4.

Berechnung von Schreibgebühren für Urschriften, welche von dem Anwalt selbst geschrieben sind (R.A.G.O. § 76) [3]).

Die von dem Rechtsanwalt S. gegen den Beschluß des Landgerichts —, durch welchen die Anrechnung einer Schreibgebühr für die von dem Anwalt selbst geschriebene Urschrift

1) Entsch. des R.G. XXII, 423.

2) Zu vergl. Willenbücher, Kostenfestsetz.-Verf. 2. A. S. 9, Struckmann-Koch, C.P.O. 4. A. S. 102 zu § 98 N. 2.

3) Walter, R.A.G.O. 2. A. S. 418 ff., Willenbücher, Kostenfestsetz.-Verf. 2. A. S. 127, Meyer, R.A.G.O. 2. A. S. 107, Pfafferoth, R.A.G.O. S. 127, Entsch. d. R.G. XXVI, 428, Entsch. des O.L.G. II. Sen. vom 14. Febr. 1884 in S. Fach g. Fach, I. Sen. v. 28. Okt. 1887 in S. Oppold g. Hofmann (württ. Jahrb. III, 162 Z. 25), II. Sen. vom 31. Mai 1889 in S. Weiß g. Mayer (a. a. O. S. 163 Z. 27), II. Sen. v. 21. Okt. 1889 in S. Sommer g. Käufler (a. a. O. S. 162 Z. 25), I. Sen. v. 20. Dez. 1889 in S. Schlienz g. Thanner (a. a. O. S. 161 Z. 24).

der Klage geſtrichen wurde, unter Bezugnahme auf die Entſcheidung des R.G. XXVI, 428 eingelegte Beſchwerde iſt aus nachſtehenden Gründen zurückgewieſen worden:

Der § 76 R.A.G.O. bezeichnet zwar die Schriftſtücke nicht, für deren Anfertigung dem Rechtsanwalt Schreibgebühren zuſtehen, indem er nur bezüglich der Höhe der letztern auf den § 80 G.K.G. verweiſt. Allein da die R.A.G.O. ſich vielfach an die Beſtimmungen des G.K.G. anſchließt und auf dieſelben Bezug nimmt, ſo liegt die Annahme nahe, daß in beiden Geſetzen der Begriff der Schreibgebühren einheitlich geregelt werden wollte, daß alſo die Schreibgebühren des § 76 R.A.G.O. entſprechend der Beſtimmung des § 80 G.K.G. die Vergütung für die Herſtellung von Abſchriften (Ausfertigungen kommen bei Rechtsanwälten nicht in Frage) bilden. Für dieſe Anſicht ſprechen auch die Mot. zu § 75 des Entw. der R.A.G.O. (§ 76 des Geſ.), wonach der Entw. nur für die in dieſem § bezeichneten Abſchriften Schreibgebühren zubilligt, im übrigen der Rechtsanwalt Schreibgebühren nicht beanſpruchen kann. Zwar bezieht ſich dieſe Bemerkung der Mot. zunächſt auf den Abſ. 1 des cit. § 75, welcher auf den Antrag der Kommiſſion des Reichstags von dem letztern geſtrichen worden iſt. Allein aus dieſer Streichung läßt ſich, da ſie auf der Erwägung beruhte, daß insbeſondere die Korreſpondenz des Anwalts mit ſeiner Partei von der zu vergütenden Schreibgebühr nicht ausgeſchloſſen werden ſollte, nicht entnehmen, daß der Reichstag die in dem Entw. und in den Mot. enthaltene Beſtimmung des Begriffs der Schreibgebühren als einer Vergütung von Abſchriften verworfen hat. Wäre letzteres der Fall geweſen, ſo könnten in Ermanglung der Begrenzung der Schriftſtücke, für welche Schreibgebühren berechnet werden dürfen, ſolche für alles Schreibwerk innerhalb der Berufsthätigkeit, auf welche ſich die R.A.G.O. bezieht, beanſprucht werden. Denn die Einſchränkung des § 76 R.A.G.O. auf die innerhalb jener Berufsthätigkeit nach außen hin, ſei es im Verkehr mit der eigenen Partei oder der Gegenpartei oder dritten Perſonen oder dem Gericht, angefertigten Schriftſtücke und der Ausſchluß

des in dem innern Geschäftsbetrieb des Anwalts vorkommenden Schreibwerks von den Schreibgebühren ist in dem Gesetz nicht enthalten und folgt auch nicht ohne weiteres aus der Natur der Sache. Die Zulassung von Schreibgebühren des Rechtsanwalts in jenem ausgedehnten Maße ist aber, wie allseits anerkannt ist, nicht als vom Gesetzgeber gewollt anzunehmen, und es entspricht daher die im Anschluß an den § 80 G.K.G. sich ergebende Einschränkung der Schreibgebühren des Rechtsanwalts auf die Herstellung von Abschriften am meisten der Absicht des Gesetzgebers. Wenn gegen diese Einschränkung eingewendet wird, daß die Schreibgebühren, welche nach dem Gesetz als Auslagen anzusehen seien, auch die Vergütung für die Kosten des Schreibmaterials enthalten, und daß daher der Anwalt den Ersatz dieser Kosten auch für die Herstellung von Originalschriftstücken zum Zweck der Benützung für den Verkehr nach außen verlangen dürfe, so ist solches nicht zutreffend. Denn aus jener Natur der Schreibgebühren müßte ja gefolgert werden, daß der Anwalt für sein sämtliches Schreibwerk Schreibgebühren zu beanspruchen befugt sei, was sich aber, wie bereits bemerkt, nicht rechtfertigen läßt. Hienach hat man an der seither von dem Oberlandesgericht stets befolgten Ansicht, daß nach § 76 R.A.G.O. Schreibgebühren nur für Abschriften und nicht für Originalschriftstücke, welche von dem Anwalt selbst geschrieben sind, berechnet werden dürfen [1]), festgehalten.

Entsch. des O.L.G. II. Sen. vom 23. März in Sachen Unger gegen Kneißler.

5.

Der Vertrag über Auflösung eines Liegenschaftskaufvertrags bedarf keiner Form. Auf die Bezeichnung des Vertrags kommt es nicht an.

Der auf Bezahlung von 500 M. gerichteten Wechselklage gegenüber machte der Beklagte geltend, das der Ausstellung

1) Vgl. die oben in Note 1 cit. Entsch. des O.L.Gerichts.

des Wechsels zu Grunde liegende Geschäft sei nichtig. Der Ausstellung des Wechsels ging folgendes voran:

Am 23. November 1887 verkaufte Kläger sein Haus Kronprinzstraße 10 in Stuttgart an den Beklagten um 93 000 M., Beklagter sein Haus Hohenheimerstraße 25 daselbst an den Kläger um 75 000 M. Beide Verträge wurden ins Kaufbuch eingetragen, der Eigentumsübergang sollte je an Jakobi 1888 erfolgen. Beklagter hat ein Angeld von 10 000 M. bezahlt. Am 13. Juni 1888 wurde aber von beiden Parteien am Rand der Kaufbuchseinträge zu Protokoll erklärt, daß diese Verträge durch gegenseitige Uebereinkunft sich aufgelöst haben. Beklagter hatte nämlich am 12. Januar 1888 sein Haus Hohenheimerstraße 25 um 73 500 M. „zurückerkauft", Kläger sein Haus Kronprinzstraße 10 am 7. Juni „zurücktauscht".

Am 22. April 1888 kaufte Kläger von den Erben des Professors S. das Haus Langestraße 59 in Stuttgart um 116 500 M. Dieser Kauf wurde nicht ins Kaufbuch eingetragen. Am 13. Juni 1888 erklärte Beklagter unterschriftlich auf diesem Vertrag, daß er in denselben eintrete. Laut Tauschvertrag de dato „Stuttgart am 7. Juni 1888" „vertauschte" nämlich Beklagter das Haus Kronprinzstraße 10 (s. oben) an den Kläger gegen das Haus Langestraße 59 „ohne den hiezu gehörigen Bauplatz", wobei er sich verpflichtete, insoweit in den Kaufvertrag des Klägers mit den S.'schen Erben einzutreten und ein Aufgeld von 18 000 M. (über den Anschlag des Hauses Kronprinzstraße 10 mit 93 000 M.) zu bezahlen. Laut „Urkunde" de dato „Stuttgart 13. Juni 1888" „verkaufte" Kläger „unter Bezugnahme auf den Tauschvertrag vom 7. Juni" an Beklagten „den bei dem Anwesen Langestraße 59 gelegenen Bauplatz" um 17 500 M., wobei vereinbart wurde, daß Beklagter nunmehr vollständig in den zwischen dem Kläger und den S.'schen Erben abgeschlossenen Kaufvertrag eintrete, „die Summe von 116 500 M. auf dem Anwesen Langestraße 59 übernehme" und noch 10 500 M. an Kläger bezahle, wovon 10 000 M. durch die oben erwähnte Angeldszahlung als bereinigt angesehen wurden, die restlichen 500 M. mittelst eines

Wechsels bezahlt werden sollten. Dies ist der in Frage stehende Wechsel.

An demselben Tag, 13. Juni 1888, wurde in das Kaufbuch von Stuttgart ein Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und den S.'schen Erben eingetragen, laut dessen Beklagter das Anwesen Langestraße 59 von den genannten Erben um 116 500 M. gekauft hat. Die Eigentumsübergabe sollte am Tage des gerichtlichen Erkenntnisses erfolgen.

Beklagter macht nun geltend, die zwei Tausch- und Kaufverträge vom 7. und 13. Juni, welche zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossen worden seien, und auf welchen die Wechselforderung beruht, leiden an mehrfachen, näher bezeichneten Verstößen gegen die Formvorschriften des württ. Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853. Der Beklagte wurde zur Zahlung verurteilt, weil es darauf nicht ankomme und die Verträge keiner Form bedurft haben.

Gründe.

Ein von den Parteien am 7. oder 13. Juni 1888 geschlossener, auf Rückerwerbung des Hauses Kronprinzstraße 10 seitens des Klägers mittelst Tausches gerichteter Vertrag wäre nichtig, weil Kläger unbestrittenermaßen damals noch Eigentümer dieses Hauses war und niemand seine eigene Sache kaufen oder durch Tausch erwerben kann (l. 16 pr. D. 18, 1; l. 45 D. R. J. 50, 17).

Es ist aber eine andere Auffassung der genannten Verträge, soweit sie dieses Haus betreffen, möglich und dem Willen der Parteien entsprechend, nämlich die, daß dadurch der über das fragliche Haus am 23. November 1887 abgeschlossene Kaufvertrag aufgelöst und vereinbart wurde, daß die seitens des Beklagten am Kaufpreis bezahlten 10 000 M. an demjenigen abgerechnet werden sollten, was Beklagter dem Kläger infolge des über das Anwesen Langestraße 59 abgeschlossenen Vertrags zu leisten hatte. Daß diese Auffassung — welcher die Benennung des Geschäfts als „Tausch" nicht entgegensteht — dem wahren Willen der Parteien entspricht, erhellt daraus, daß der „Tauschvertrag" nicht zum Eintrag in die

öffentlichen Bücher oder zum gerichtlichen Erkenntnis gebracht, vielmehr von den Parteien am Rand der Verträge vom 23. November 1887 bemerkt wurde, daß sich dieselben „durch gegenseitige Uebereinkunft wieder aufgelöst" haben, wie denn auch in der Urkunde vom 13. Juni von den Kosten „wegen Aufhebung der beiden Kauf-Verträge" gesprochen wird. Die auf Auflösung eines Liegenschaftskaufvertrags gerichtete Vereinbarung aber bedarf nach unserem Recht keiner Form.

Ist somit die Vereinbarung der Parteien, wonach Kläger das Haus Kronprinzstraße 10 behalten, Beklagter das Anwesen Langestraße 59 (abgesehen von dem Bauplatz) erwerben sollte, kein Tauschvertrag, so fragt es sich, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt das Abkommen der Parteien hinsichtlich des letzteren Anwesens zu stellen ist.

Zu der Zeit, als Kläger dieses Anwesen an den Beklagten „vertauschte", beziehungsweise den Bauplatz „verkaufte", war Kläger noch nicht Eigentümer desselben, sofern — wie insbesondere aus dem am 13. Juni zwischen dem Beklagten und den S.'schen Erben geschlossenen Kaufvertrag zu folgern ist — die Uebergabe des Hauses und damit der Eigentumsübergang noch nicht erfolgt war. Nun kann man ja auch eine fremde Sache verkaufen oder vertauschen. Aber das im vorliegenden Fall von den Parteien eingehaltene Verfahren legt eine andere Auffassung nahe, nämlich die, daß im Einverständnis mit den S.'schen Erben Kläger von dem mit denselben geschlossenen Kaufvertrag zurücktrat, Beklagter statt desselben mit den genannten Erben einen Kaufvertrag des gleichen Inhalts, wie der zwischen ihnen und dem Kläger vereinbarte, abschloß und dem Kläger für seinen Rücktritt 10 500 M. bezahlen sollte. Es kommt hiebei auf den Inhalt des „Tauschvertrags" vom 7. Juni nichts weiter an, weil der Vertrag vom 13. Juni als weitergehend den gesamten Inhalt des Vertrags vom 7. Juni in sich aufgenommen hat, insbesondere auch die Vereinbarung, daß Kläger das Haus Kronprinzstraße 10 wieder behalten solle.

Hatte aber der Vertrag vom 13. Juni folgenden Inhalt:

1. der zwischen dem Kläger und Beklagten über das Haus

Kronprinzstraße 10 abgeschlossene Kaufvertrag wird aufgelöst;

2. der zwischen dem Kläger und den S.'schen Erben abgeschlossene Kaufvertrag wird mit Zustimmung der letzteren aufgelöst und durch einen Vertrag gleichen Inhalts zwischen dem Beklagten und den S.'schen Erben ersetzt;

3. Beklagter hat dem Kläger für seine Einwilligung hiezu 10 500 M. zu bezahlen, —

so war derselbe kein dem Gesetz vom 23. Juni 1853 unterliegender Liegenschaftskauf- oder Tauschvertrag, bedurfte also keiner Form und ist somit nicht wegen Formmangels nichtig.

Daß aber diese Auffassung dem wirklichen Willen der Parteien vollkommen gerecht wird, ergibt sich klar daraus, daß der zwischen den Parteien über das Anwesen Langestraße 59 geschlossene Vertrag nicht zum Eintrag in die öffentlichen Bücher und zum gerichtlichen Erkenntnis gebracht worden ist, dagegen an demselben 13. Juni, an welchem die Urkunde über die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung zum Abschluß kam, ein zwischen dem Beklagten und den S.'schen Erben über das Anwesen Langestraße 59 abgeschlossener Kaufvertrag zum Eintrag ins Kaufbuch gebracht wurde.

Dieser Vertrag beweist unzweideutig, daß Beklagter dieses Anwesen nicht vom Kläger erkauft oder ertauscht, daß sich vielmehr der zwischen dem Kläger und den S.'schen Erben abgeschlossene Kauf wieder aufgelöst hat; sonst hätten ja die letzteren dieses Anwesen doppelt — an Kläger und den Beklagten — verkauft und Beklagter dasselbe doppelt — vom Kläger und den S.'schen Erben — gekauft.

Ist sonach durch die Thatsachen dargethan, daß die Absicht der Parteien nicht dahin gegangen ist, daß Beklagter das S.'sche Anwesen vom Kläger erkaufe oder ertausche, so kommt nichts darauf an, daß dieselben ihren Willen in unzutreffende Worte gekleidet haben und sich über die rechtliche Konstruktion der von ihnen geschaffenen Rechtsverhältnisse in Unklarheit befunden haben mögen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 9. Juli 1889 in Sachen Mangold c. Wurzmann.

6.

Handlungsunfähigkeit eines Geisteskranken. Differenzgeschäfte.

Der Kaufmann O. stand vom November 1885 bis Juli 1886 mit dem klägerischen Bankgeschäfte in einem Kontokorrentverhältnis zum Zweck der Spekulation in Börsenpapieren. In dem weitaus größten Teil der Geschäfte hat die klägerische Firma thatsächlich nur als Vermittlerin gehandelt.

Auf Juli 1886 hat sich für die Klägerin eine Saldoforderung gegen O. von 25 629 M. ergeben, auf deren Bezahlung jene Klage erhoben hat. Nach Erhebung der Klage wurde O. wegen Geisteskrankheit entmündigt. Die Vormundschaft bestreitet die Klagforderung, weil diese aus Differenzgeschäften entstanden und weil O. bei Eingehung der Geschäfte geisteskrank gewesen sei. Die Beklagte wurde zur Zahlung verurteilt.

Gründe.

I. Die Einrede der Beklagten, daß die Geschäfte, welche der Saldoforderung der Klägerin zu Grund liegen, gegen die guten Sitten verstoßen haben und deshalb kein Anspruch auf dieselben gestützt werden könne, ist unzutreffend. Es ist außer Streit und ergibt sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen, daß die in Frage stehenden Geschäfte keine sogenannten reinen Differenzgeschäfte waren, bei welchen Recht und Pflicht zur Effektivleistung ausgeschlossen gewesen wäre. Die Klagbarkeit von Geschäften aber, bei welchen, wie in vorliegender Sache, die thatsächliche Lieferung, beziehungsweise Abnahme in jedem einzelnen Falle verlangt werden kann, zu beanstanden, fehlt jeder Grund.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß im entscheidenden Zeitpunkte statt wirklicher Lieferung oder Abnahme Zahlung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem derzeitigen Börsenpreis gewählt und gestattet wird.

II. Ueber die Handlungsfähigkeit, beziehungsweise -Unfähigkeit nicht entmündigter geisteskranker Personen enthält das württemb. Recht — abgesehen von der mit dem gemeinen Recht im wesentlichen übereinstimmenden Vorschrift im Landrecht III,

2 § 3 — keine Bestimmung. Es gilt also in dieser Richtung das gemeine Recht. Aus diesem aber läßt sich keineswegs der Satz ableiten, daß jede Person, welche im technisch-medizinischen Sinne als „geisteskrank" bezeichnet werden kann, eben damit der juristischen Handlungsfähigkeit durchaus entbehre.

In unseren Rechtsquellen sind nur einzelne Formen von Geisteskrankheit erwähnt: Wahnsinn (Raserei) und Blödsinn (furiosus und demens oder mente captus).

Den mit solcher Krankheit Behafteten ist zwar im allgemeinen die Handlungsfähigkeit abgesprochen; allein in lex 6 Cod. 5, 70 ist gesagt, daß der Wahnsinnige (furiosus) in den Zeiten, in welchen er von Wahnsinnsanfällen frei ist, (solange ihn nicht „furor iterum stimulis suis accendit"), als vollkommen handlungsfähig zu gelten habe („ipsum posse furiosum, dum sapit, et haereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt, sin autem furor — eum accenderit, curatorem in contractu suo conjungi —"). Er soll also nur insoweit als handlungsunfähig gelten, als ein Zusammenhang zwischen seinen Handlungen und seiner geistigen Störung angenommen werden muß, wie dies für die Zeiten der Anfälle von Raserei, Tobsucht u. s. w. zutrifft. Dabei ist keineswegs verkannt, daß der an Wahnsinn Leidende auch in den Zeiten, in welchen äußerlich keine Symptome der Krankheit hervortreten, nicht als völlig geistig gesund angesehen werden kann, es ist vielmehr für diese Zeiten, für welche die Handlungsfähigkeit desselben anerkannt ist, nur von einem Nachlaß der Krankheit die Rede („laxamentum", „induciae", „intermissio"). Demgemäß gilt in unserem Recht ganz allgemein der Satz, daß nicht jede Art und jeder Grad von Geisteskrankheit die Willens- und Handlungsfähigkeit aufhebt, es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, ob nach Lage der Sache ein Zusammenhang zwischen der geistigen Störung und der in Frage stehenden Rechtshandlung angezeigt ist. Die Rechtshandlungen eines Melancholikers z. B., der im technisch-medizinischen Sinn für „geisteskrank" erklärt wird, werden meist rechtlich vollkommen gültig sein. Das frühere Ober-

tribunal hat mit Recht sich dahin ausgesprochen, daß, wer bloß an fixen Ideen leide, sich darum nicht in einem die Zurechnungsfähigkeit unbedingt ausschließenden Zustand befinde [1]).

Auch das Reichsgericht hat anerkannt, daß trotz vorhandener Geisteskrankheit Willens- und Handlungsfähigkeit vorliegen kann, wenn die betreffende Person nur imstande ist, die nächste und wesentliche Bedeutung der fraglichen Handlung zu verstehen [2]).

Wenn daher auch die neuere Psychiatrie zu der Annahme neigt, daß der an einer geistigen Störung Leidende überhaupt als geistig unfrei, als immer mehr oder weniger von seinen Wahnideen beherrscht anzusehen sei, so ist dieser Standpunkt, welcher im Strafrecht Beachtung verdienen mag, eben nicht der des geltenden bürgerlichen Rechts und kann dies nicht wohl sein, wenn nicht die Sicherheit des Rechtsverkehrs aufs Erheblichste beeinträchtigt werden soll, da zweifellos viele „Geisteskranke" im geschäftlichen Verkehre mit der Außenwelt keine Spuren ihres Leidens zeigen. Uebrigens ist auch von Psychiatrikern anerkannt, daß der Begriff Geistesstörung — insbesondere nach dem Geiste der meisten Civilgesetzgebungen — nicht gleichbedeutend mit Handlungsunfähigkeit ist [3]).

III. Bei der Prüfung des Zusammenhangs der geistigen Störung mit der in Frage stehenden Rechtshandlung ergibt sich nun, daß O., bei welchem die erlittene schwere Kopfverletzung zwar eine Anlage zur Geisteskrankheit, nicht aber den unmittelbaren Ausbruch einer solchen zur Folge hatte, in den ersten Monaten seines Geschäftsverkehrs mit der Klägerin zwar zeitweise geistig gestört gewesen sein mag, daß aber, soweit er von solchen vorübergehenden Anfällen befreit war, seine Handlungsfähigkeit nicht zu bezweifeln ist.

---

1) Seuffert's Archiv 3 Nr. 139. Vgl. Dernburg, Pand. I, § 56.

2) Seuffert's Archiv B. 40 Nr. 5.

3) Vgl. v. Krafft-Ebing, Handbuch der gerichtl. Psychopathologie 2. A. S. 357 unten. Siehe auch Code civil A. 503, 504. Friedreich, ger. Psychologie S. 608; Württ. Arch. B. 13 S. 281. Stobbe IV, S. 515.

Hievon scheinen auch die Angehörigen O.'s ausgegangen zu sein, indem sie trotz der in dem Hauskauf vom November 1885 sich zeigenden Neigung desselben zu größeren Unternehmungen keine Schritte thaten, um seine Entmündigung herbeizuführen. Auch der Pauline A. und deren Mutter, der Witwe B., kam offenbar zu jener Zeit nicht der Gedanke, daß O. infolge geistiger Krankheit zum Abschluß von Geschäften oder zur Verwaltung seines Vermögens unfähig sei: denn andernfalls hätte doch die Pauline A., welche ja Kenntnis von den Börsenspekulationen des O. hatte, von diesem Zustand desselben seinen Bruder und die Klägerin in Kenntnis setzen müssen. Es ist aber auch von den Personen, welche mit O. damals — zum Teil häufig — in Berührung kamen, positiv bezeugt, daß derselbe im Verkehre mit ihnen sich als ein ganz normaler Mensch bewies, nichts Auffallendes zeigte; es ist insbesondere durch das Zeugnis M.'s festgestellt, daß O. damals nicht nur lebhaftes Interesse an Börsengeschäften, sondern auch Verständnis für dieselben gezeigt und stets vernünftige Ansichten über diesen Punkt geäußert hat, und ebendasselbe erhellt aus den Aussagen des Zeugen B. und aus den eigenhändigen Schreiben des O. Darin, daß O. sich überhaupt in derartige Spekulationen eingelassen hat, kann eine Einwirkung geistiger Störung umsoweniger gefunden werden, als er hiemit nach dem Zeugnis des Bankiers H. nur eine frühere Beschäftigung — wenn auch in größerem Maßstabe — wieder aufgenommen hat. Daß die Art, wie er spekulierte, an sich nichts Widersinniges zeigte, ist durch das Gutachten des Sachverständigen dargethan.

IV. Dagegen läßt sich allerdings die Annahme nicht abweisen, daß die fixe Idee des O., er habe in seinem Kopfe Werthpapiere von hohem Betrag stecken, ihn hinsichtlich der Vornahme, beziehungsweise des Umfangs von Börsenspekulationen zu beeinflussen geeignet war.

Es fragt sich nun aber zunächst, seit wann das Auftreten dieser fixen Idee bei O. nachgewiesen ist.

Auf Grund des eingezogenen Beweises wurde als festgestellt angesehen, daß diese fixe Idee nicht vor Juni 1886

aufgetreten ist. Da aber seit Juni 1886 unbestrittenermaßen keine neuen Spekulationsgeschäfte abgeschlossen, sondern nur die schwebenden abgewickelt wurden und dies geschehen mußte und in sachgemäßer Weise geschehen ist, so war jene fixe Idee auf das Resultat einflußlos.

Hienach war auch die zweite Einwendung unzutreffend.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 25. Okt. 1889 in Sachen der Firma A. c. die Pflegschaft des Kaufmanns O.

Die Revision gegen dieses Urteil ist vom Reichsgericht zurückgewiesen worden.

7.

Verlust des Besitzes an einem Faustpfand.

Der Weinhändler Karl B. wurde den Klägern für Obstmost 5 280 M. schuldig. Er hat denselben zur Sicherung laut Urkunde vom 31. Dezember 1887 ein Faustpfandrecht bestellt an den von ihm im Lammkeller zu F. gelagerten Getränken. Zu diesem Behufe hat er den Klägern den Schlüssel zu diesem Keller übergeben. Hiebei wurde bestimmt, daß der Kläger H., welcher den Schlüssel in Verwahrung erhielt, solchen behufs Kellerarbeiten, Nachsehen und Umfüllen der Weine 2c. an den Kellermeister T. des Weinhändlers B. jederzeit zu übergeben, der Kellermeister T. aber diesen Schlüssel nach gethaner Arbeit wieder an den Kläger H. abzuliefern habe. Der Weinhändler B. kam in Konkurs. Der Konkursverwalter hat die im Lammkeller gelagerten Getränke verkauft. Die Kläger machen auf den Erlös ein Absonderungsrecht geltend, welches der Konkursverwalter bestreitet, weil die Kläger den Besitz an dem im Keller gelagerten Getränke dadurch verloren haben, daß dem Kellermeister T. ganz nach seiner Willkür der Zutritt zu den Getränken gestattet war, dieser auch willkürlich von den Getränken verkauft habe. Das Absonderungsrecht wird jedoch nur an den beim Konkursausbruch im Keller vorhandenen Getränken

beanſprucht. Der Konkursverwalter wurde dem Klagegeſuch gemäß verurteilt.

Gründe.

Auch wenn es wahr wäre, daß der Kellermeiſter T. ganz willkürlich, ohne Einwilligung des Klägers H., aus dem Lammkeller an Dritte Getränke verkauft und abgegeben habe, ohne den Erlös an die Kläger abzuliefern, würden die Kläger den ihnen gemäß dem Vertrag vom 31. Dezember 1887 durch die Uebergabe der Kellerſchlüſſel an ihren Vertreter H. eingeräumten Pfandbeſitz (Art. 42 Abſ. 3 des Pfand-Entw.-Geſetzes) nicht in ſeinem ganzen Umfang, nicht bezüglich aller ihnen verpfändeten Getränke verloren haben, ſondern nur bezüglich der von T. verkauften und abgeführten Mengen, ſofern T. durch die ihm im erwähnten Vertrag zugeſicherte und von H. jeweils durch Ueberlaſſung der Kellerſchlüſſel thatſächlich eingeräumte Befugnis zu Verwaltung des Kellers Verwalter fremden Beſitzes, nämlich des Pfandbeſitzes der Kläger für dieſe, als von dieſen (mit Einwilligung des Verpfänders) beauftragter Dritter (Art. 42 cit.), geworden iſt, und durch die hiemit erlangte bloße Möglichkeit, unter Mißbrauch ſeiner Befugnis den (juriſtiſchen) Beſitz der Getränke ſich ſelber anzueignen oder Namens des Pfandſchuldners B. zu ergreifen, den Beſitz an der Geſamtheit der dem Kläger verpfändeten Getränke ſowenig erlangt hat, als jeder andere Verwalter fremden Beſitzes, dem ſolche Möglichkeit regelmäßig offen zu ſtehen pflegt; und ſelbſt der von T. gefaßte Entſchluß, über alle dieſe Getränke nach ſeinem, beziehungsweiſe nach B.'s Belieben zu verfügen, würde hieran nichts geändert haben: nur an denjenigen Getränken, welche T. wirklich eigenmächtig an Dritte abgegeben haben ſollte, würde T. den (Eigen-) Beſitz, ſei es für ſich, ſei es für B. erlangt, und ebendamit den Klägern den ihrigen entzogen haben, welchenfalls übrigens die Kläger durch dieſen Beſitzverluſt, weil er ein unfreiwilliger, und keine „Zurückgabe des Pfands" geweſen wäre, ihr Pfandrecht nicht verloren hätten, ſondern dasſelbe nur dem etwaigen gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht mit Erfolg hätten gel-

tend machen können [1]); allein auf die vor der Konkurseröffnung an Dritte veräußerten Getränke ist der Pfand- und Absonderungsanspruch der Kläger überhaupt nicht gerichtet, indem er nur den Erlös aus denjenigen der ihnen verpfändeten Getränken umfaßt, welche bei der Eröffnung des Konkurses im Lammkeller noch vorhanden gewesen und vom Konkursverwalter verkauft worden sind.

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 21. November 1890 in Sachen der Konkursverwaltung des Kaufmanns B. c. Gottlieb H. und Gen.

8.

Fällt die Legung von Röhren unterhalb der Oberfläche des Bodens unter den Artikel 72 der Neuen Bauordnung.

Die Beklagten haben teils auf dem ausschließlichen Eigentum der Klägerin, teils auf mit dieser gemeinschaftlichem Eigentum eine Dohle errichtet, indem sie Cementröhren unter der Oberfläche des Bodens legten. Die Klägerin verlangt die Beseitigung dieser Röhren. Die Beklagten haben sich teils auf Art. 72 der Neuen Bauordnung, teils auf Einwilligung seitens der Klägerin berufen. Soweit die Röhren auf dem Alleineigentum der Letzteren gelegt waren, wurden die Beklagten zur Beseitigung verurteilt, soweit dies auf gemeinschaftlichem Eigentum der Fall war, wurde die Klage abgewiesen.

Gründe:

Was zunächst die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Beseitigung des auf dem ausschließlichen Eigentum der Klägerin angelegten Teils der Dohle betrifft, so ist zwar den Gründen, aus welchen der Unterrichter die Anwendbarkeit des Art. 72 der Neuen Bauordnung vom 6. Okt. 1872 auf diesen Teil der Dohle verneint, nicht beizupflichten, denn es ist diese Verneinung weder deshalb, weil der Art. 16 Ziffer 1 der Neuen Bauordnung, wornach als Bauwesen im Sinne des

1) H.G.B. Art. 306 Abs. 4, Pfandgesetz Art. 258.

beanſprucht. Der Konkursverwalter wurde dem Klagegeſuch gemäß verurteilt.

Gründe.

Auch wenn es wahr wäre, daß der Kellermeiſter T. ganz willkürlich, ohne Einwilligung des Klägers H., aus dem Lammkeller an Dritte Getränke verkauft und abgegeben habe, ohne den Erlös an die Kläger abzuliefern, würden die Kläger den ihnen gemäß dem Vertrag vom 31. Dezember 1887 durch die Uebergabe der Kellerſchlüſſel an ihren Vertreter H. eingeräumten Pfandbeſitz (Art. 42 Abſ. 3 des Pfand-Entw.-Geſetzes) nicht in ſeinem ganzen Umfang, nicht bezüglich aller ihnen verpfändeten Getränke verloren haben, ſondern nur bezüglich der von T. verkauften und abgeführten Mengen, ſofern T. durch die ihm im erwähnten Vertrag zugeſicherte und von H. jeweils durch Ueberlaſſung der Kellerſchlüſſel thatſächlich eingeräumte Befugnis zu Verwaltung des Kellers Verwalter fremden Beſitzes, nämlich des Pfandbeſitzes der Kläger für dieſe, als von dieſen (mit Einwilligung des Verpfänders) beauftragter Dritter (Art. 42 cit.), geworden iſt, und durch die hiemit erlangte bloße Möglichkeit, unter Mißbrauch ſeiner Befugnis den (juriſtiſchen) Beſitz der Getränke ſich ſelber anzueignen oder Namens des Pfandſchuldners B. zu ergreifen, den Beſitz an der Geſamtheit der dem Kläger verpfändeten Getränke ſowenig erlangt hat, als jeder andere Verwalter fremden Beſitzes, dem ſolche Möglichkeit regelmäßig offen zu ſtehen pflegt; und ſelbſt der von T. gefaßte Entſchluß, über alle dieſe Getränke nach ſeinem, beziehungsweiſe nach B.'s Belieben zu verfügen, würde hieran nichts geändert haben: nur an denjenigen Getränken, welche T. wirklich eigenmächtig an Dritte abgegeben haben ſollte, würde T. den (Eigen-) Beſitz, ſei es für ſich, ſei es für B. erlangt, und ebendamit den Klägern den ihrigen entzogen haben, welchenfalls übrigens die Kläger durch dieſen Beſitzverluſt, weil er ein unfreiwilliger, und keine „Zurückgabe des Pfands" geweſen wäre, ihr Pfandrecht nicht verloren hätten, ſondern dasſelbe nur dem etwaigen gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht mit Erfolg hätten gel-

tend machen können [1]); allein auf die vor der Konkurseröffnung an Dritte veräußerten Getränke iſt der Pfand- und Abſonderungsanſpruch der Kläger überhaupt nicht gerichtet, indem er nur den Erlös aus denjenigen der ihnen verpfändeten Getränken umfaßt, welche bei der Eröffnung des Konkurſes im Lammkeller noch vorhanden geweſen und vom Konkursverwalter verkauft worden ſind.

Urteil des 1. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 21. November 1890 in Sachen der Konkursverwaltung des Kaufmanns B. c. Gottlieb H. und Gen.

8.

Fällt die Legung von Röhren unterhalb der Oberfläche des Bodens unter den Artikel 72 der Neuen Bauordnung.

Die Beklagten haben teils auf dem ausſchließlichen Eigentum der Klägerin, teils auf mit dieſer gemeinſchaftlichem Eigentum eine Dohle errichtet, indem ſie Cementröhren unter der Oberfläche des Bodens legten. Die Klägerin verlangt die Beſeitigung dieſer Röhren. Die Beklagten haben ſich teils auf Art. 72 der Neuen Bauordnung, teils auf Einwilligung ſeitens der Klägerin berufen. Soweit die Röhren auf dem Alleineigentum der Letzteren gelegt waren, wurden die Beklagten zur Beſeitigung verurteilt, ſoweit dies auf gemeinſchaftlichem Eigentum der Fall war, wurde die Klage abgewieſen.

Gründe:

Was zunächſt die Berufung der Beklagten gegen ihre Verurteilung zur Beſeitigung des auf dem ausſchließlichen Eigentum der Klägerin angelegten Teils der Dohle betrifft, ſo iſt zwar den Gründen, aus welchen der Unterrichter die Anwendbarkeit des Art. 72 der Neuen Bauordnung vom 6. Okt. 1872 auf dieſen Teil der Dohle verneint, nicht beizupflichten, denn es iſt dieſe Verneinung weder deshalb, weil der Art. 16 Ziffer 1 der Neuen Bauordnung, wornach als Bauweſen im Sinne des

1) H.G.B. Art. 306 Abſ. 4, Pfandgeſetz Art. 258.

Gesetzes namentlich auch alle Arten von Kanälen zur Ableitung des Wassers von Gebäuden anzusehen sind, nach seiner Stellung in dem von den polizeilichen Bestimmungen handelnden dritten Abschnitt der Neuen Bauordnung und nach ausdrücklicher Bemerkung der Gesetzesmotive [1]) auf die nachbarrechtlichen Bestimmungen des IV. Abschnitts und insbesondere des Art. 72 der neuen Bauordnung keine unmittelbare Anwendung findet, noch deshalb begründet, weil nach einer allgemeinen Bemerkung der Motive zu dem die nachbarrechtlichen Bestimmungen enthaltenden vierten Abschnitt der Neuen Bauordnung als Hauptaufgabe dieses Abschnitts die Feststellung des Nachbarrechts der Grundstücke in seiner besonderen Anwendung auf Gebäude, d. h. auf das Verhältnis zwischen beiderseits zusammengrenzenden Gebäuden oder zwischen Gebäuden und den ihnen benachbarten sonstigen Grundstücken bezeichnet wird [2]). Wenn aber auch unter einem die Grenze überschreitenden Bau im Sinne des Art. 72 cit. nicht bloß, wie Klägerin will, Hochbauten zu verstehen sind, so läßt sich doch eine Wasserleitung, wie die vorliegende, welche in der Hauptsache aus einer in den Boden gelegten Zementröhre von geringem Durchmesser gebildet wird, nicht als Bau im Sinne des Art. 72 cit. auffassen. Denn indem das Gesetz als Folge des Ueberbauens, wofern solches ohne Widerspruch und in gutem Glauben geschieht, den Erwerb des Eigentums der überbauten Grundfläche gegen Entschädigung eintreten läßt, setzt dasselbe eine solche die Grenze überschreitende Anlage voraus, welche den betreffenden Teil des Nachbargrundstückes so ausschließlich ergreift, daß die Ausübung des bisherigen Eigentumsrechts an demselben ausgeschlossen und deshalb die einschneidende Rechtsfolge des Eigentumsübergangs erforderlich wird. Einen solchen Uebergriff in das nachbarliche Eigentum bildet aber das Legen einer derartigen Röhrenleitung, welche den Nachbar in der Benützung seines Eigentums verhältnismäßig wenig beschränkt, nicht. Auch paßt der Grund

1) Bei Bitzer, N.B.O. S 193, auch daselbst S. 196 Anm. 4 und S. 40 Anm. 6.

2) bei Bitzer cit. S. 11.

des Gesetzes, die Unbilligkeit, welche darin gefunden wird, daß die Wegräumung des Ueberbaus für den Ueberbauenden mit einem Verluste, welcher mit dem dem Nachbar zugehenden geringfügigen Nachteil außer allem Verhältnis stünde, verknüpft ist [1]), auf eine die Grenze überschreitende Röhrenleitung, wie die vorliegende, insoferne nicht, als deren Zurückversetzung einen erheblichen Aufwand nicht verursachen kann. Beklagte können sich daher der bezüglich dieses Teils der Dohlenanlage an sich begründeten Negatorienklage gegenüber nicht auf einen durch Art. 72 der Neuen Bauordnung begründeten Erwerb des Eigentums an einem dieser Dohlenanlage entsprechenden Teile der der Klägerin gehörigen Parzelle berufen.

Ausgeführt wurde weiter, daß hinsichtlich dieses Teils der Anlage eine stillschweigende Genehmigung nicht vorhanden sei, weil die Klägerin die Ueberschreitung der Grenze nicht habe bemerken können.

Was die Abweisung der Klage hinsichtlich der auf gemeinschaftlichem Eigentum befindlichen Röhren betrifft, so wurde diese darauf gestützt, daß nach den Umständen erwiesen sei, daß die Klägerin von dem Beginn des Bauwesens Kenntnis erhalten habe; sie habe daher Gelegenheit zur Einsprache gehabt und könne nach l. 28 Dig. 10. 3 nicht mehr Beseitigung der Anlage verlangen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 17. Mai 1889 in Sachen der Fabrikanten Greiß und Brenner gegen die Witwe Eppinger.

9.

Negatorische Klage gegen das Eindringen von Bienen.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Durch die am 9. und 11. Juni 1888 vorgenommenen Erhebungen, insbesondere den unter Zuziehung des Sachverständigen eingenommenen Augenschein wurde konstatiert, daß der

1) Motive und Kommissionsbericht bei Bitzer cit. S. 599 ff.

Beklagte auf seinen dem Anwesen der Klägerin nächstgelegenen Grundstücken damals ca. 120 bevölkerte Bienenstöcke aufgestellt hatte. Daß ein Eindringen dieser in ganz ungewöhnlicher Zahl gehegten Bienen in die nächstgelegenen Nachbargrundstücke, namentlich in die der Klägerin, unausbleiblich ist und daß dadurch für die Grundstücke der Klägerin eine ganz außerordentliche und außergewöhnliche Belästigung herbeigeführt wird, wurde von dem Sachverständigen bestätigt, und seine Angabe verdient vollen Glauben, da sie auch mit den Aussagen der vernommenen Zeugen im Einklange steht. Durch diese nämlich ist, wie schon der vorige Richter dargethan hat, auf dessen Ausführungen in dieser Richtung Bezug genommen werden mag, erwiesen, daß in den der Anstellung der Klage vorangegangenen Jahren Bienen in großer Zahl, mitunter sogar in ganzen Schwärmen von dem Grundstücke des Beklagten auf die der Klägerin herübergeflogen sind, und daß nicht nur die auf den Grundstücken der Klägerin sich aufhaltenden Personen an heißen Tagen in steter Angst und Gefahr schwebten, gestochen zu werden, sondern daß auch die auf den Grundstücken der Klägerin beschäftigten Personen wiederholt und zum Teil erheblich gestochen worden sind, daß ferner zu wiederholten Malen die im Garten der Klägerin aufgehängte Wäsche durch die darauf sich niederlassenden Bienen erheblich beschmutzt worden ist.

Zwar ist es eine notorische Thatsache, daß ein Ausfliegen der Bienen nicht bei jeder Witterung und nicht zu jeder Tageszeit und Jahreszeit stattfindet, woraus sich erklären mag, daß einige der vernommenen Zeugen eine Belästigung durch die Bienen nicht wahrgenommen haben wollen. Allein wenn auch hienach die Belästigung der Klägerin durch die Bienen des Beklagten keine ununterbrochen fortdauernde ist, so erscheint damit keineswegs als ausgeschlossen, sie, wie auf grund des mit den Aussagen der Zeugen übereinstimmenden Gutachtens des Sachverständigen zu geschehen hat, als eine das gewöhnliche Maß des Erträglichen übersteigende zu bezeichnen.

Nun ist aber die Klägerin, deren Eigentumsrecht sich auch auf den Raum über der Oberfläche ihrer Grundstücke erstreckt,

jedenfalls dann berechtigt, auch ſolche Eingriffe in ihre Eigentumsſphäre, welche ſich nicht als unmittelbare Eigentumsſtörungen darſtellen, ſondern nur als mittelbare, welche ihre Wirkungen zunächſt auf dem Nachbarsgrundſtücke, d. i. auf dem Grundſtücke des Handelnden, haben, aber von dort aus auf ihr Grundſtück fortſetzen, mittelſt der negatoriſchen Klage zurückzuweiſen, wenn ſie durch dieſe mittelbaren Eingriffe des Nachbars in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überſchreitenden Weiſe beläſtigt wird [1]).

Ob aus dem Grundſtücke des Nachbars in das des Klägers unbelebte Gegenſtände immittirt werden, ob demgemäß die Immiſſion infolge phyſikaliſcher Geſetze erfolgt, deren Beachtung dem Nachbarn, der die Vorrichtungen hat oder die Handlungen vornimmt, zugemutet werden kann, oder ob das Eindringen von Tieren, welche, wenn ihnen freie Bewegung geſtattet wird, ihrem Inſtinkte folgend den Weg vom Grundſtücke des Nachbars auf das Grundſtück, beziehungsweiſe in den Luftraum des Klägers nehmen, veranlaßt wird, begründet keinen Unterſchied. Die Geſetze, welche dem Eigentümer zum Schutze gegen Immiſſionen die negatoriſche Klage gewähren, nennen allerdings beiſpielsweiſe nur unbelebte Subſtanzen; allein gerade weil letztere nur beiſpielsweiſe genannt ſind, der Grund der geſetzlichen Vorſchrift aber bei belebten Weſen ganz ebenſo zutrifft, wie bei unbelebten Gegenſtänden, müſſen die Geſetze in jener ausgedehnten Weiſe interpretiert werden.

Es kann alſo weiterhin nur noch in Frage kommen, ob die beläſtigende Immiſſion als im Willen des Nachbars, von deſſen Grundſtück ſie ausgeht, gelegen anzuſehen iſt. Dieſe Frage aber iſt im vorliegenden Falle entſchieden zu bejahen. Denn daß der Beklagte, welcher die Bienenwirtſchaft gewerbsmäßig betreibt und demgemäß wohl vertraut ſein muß mit dem Treiben der Bienen, ein Eindringen der von ihm gehegten Bienen in die Grundſtücke der Klägerin und die dadurch herbeigeführte

1) l. 8 § 5. 6 D. si servit. vind. 8, 5. Vgl. N.B.O. v. 6. Okt. 1872 Art. 65. Windſcheid, Pand. I, § 169 N. 7 u. die dort. Zit. Seuffert's Archiv XXXIV, Nr. 99.

außergewöhnliche Belästigung der letzteren als die notwendige Folge seines Geschäftsbetriebes in Aussicht nehmen mußte, läßt sich nicht bezweifeln.

Demgemäß erschien die negatorische Klage als begründet.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts v. 6. Dez. 1888 in Sachen des Bienenwirts Kosmas Bloß c. die Witwe Heinzelmann.

10.

Rechtshängigkeit. Negatorische Klage wegen übler Gerüche.

Der Beklagte, welcher in seinem wenige Meter von dem Anwesen der Klägerin entfernten Laboratorium die Fabrikation von pharmaceutischen Extrakten, Essenzen und ätherischen Oelen betreibt, wurde verurteilt, bei Strafe von 50 M. für jeden Fall des Zuwiderhandelns zu verhindern, daß die Bewohner des Anwesens der Klägerin durch die infolge des Gewerbebetriebs des Beklagten aus dessen in seinem Anwesen befindlichen Laboratorium entströmenden Gerüche nach Maßgabe der gewöhnlichen Empfänglichkeit ungewöhnlich belästigt werden, und diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche erforderlich sind, um ein derartiges Eindringen solcher Gerüche aus seinem Laboratorium in das Anwesen der Klägerin zu verhindern.

Der Beklagte hatte die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten, weil von dieser zunächst im März 1888 die Klage bei dem Amtsgericht B. erhoben worden war. Durch Urteil vom 28. Mai 1888 hatte sich dieses für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an die Civilkammer des Landgerichts verwiesen. Dieses Urteil wurde am 28. Juli 1888 rechtskräftig. Inzwischen hatte die Klägerin ihr Anwesen am 18. Mai 1888 an ihren Sohn verkauft und übergeben. Hierüber wurde bemerkt:

Die Ansicht, daß die Rechtshängigkeit eines von einem Amtsgericht gemäß § 466 C.P.O. an ein Landgericht verwiesenen Rechtsstreites erst mit der Rechtskraft des verweisenden Urteils eintrete, ist nicht haltbar. Durch die Erhebung der Klage beim

Amtsgericht iſt die Rechtshängigkeit der Streitſache begründet worden, § 235 Abſatz 1 C.P.O.; es entſpricht nun der Natur der Sache, daß ein bei einem Amtsgericht anhängig gewordener Rechtsſtreit, welcher durch Urteil dieſes Gerichts an das Landgericht verwieſen wird, rechtshängig bleibt; das Gegenteil, daß in einem ſolchen Fall in irgend einem Zeitpunkte die Wirkungen der Rechtshängigkeit wieder wegfallen und erſt mit der Rechtskraft des Verweiſungs-Urteils neu entſtehen ſollen, hätte einer ausdrücklichen Beſtimmung im Geſetz bedurft, eine ſolche liegt aber nicht vor. Der vielleicht nicht ganz unzweideutige zweite Abſatz des § 466 C.P.O. muß deshalb dahin verſtanden werden, daß es vom Zeitpunkte der Rechtskraft des Verweiſungs-Urteils an ſo angeſehen werden ſoll, als wäre der Rechtsſtreit von Anfang an bei dem Landgericht anhängig. In dieſer Weiſe wird denn auch § 466 C.P.O. in der Literatur faſt allgemein ausgelegt. Die von dem Wortlaut der §§ 249 Abſatz 2, 466 Abſatz 2 abweichende Faſſung des § 636 Abſatz 1 C.P.O. gibt zu einem argumentum e contrario keinen Anlaß, zumal da die erſtangeführten Geſetzesſtellen erſt auf Grund von Beſchlüſſen der Reichstagskommiſſion in das Geſetz gelangt ſind.

Daß aber, wenn der Hausverkauf erſt nach eingetretener Rechtshängigkeit der Streitſache erfolgt iſt, Klägerin durch denſelben die Aktivlegitimation nicht verloren hat, davon geht Beklagter ſelbſt aus und zwar angeſichts der Vorſchrift des § 237 C.P.O. mit vollem Recht.

Bezüglich der Sache ſelbſt wurde ausgeführt:

Wann eine nach Maßgabe der gewöhnlichen Empfänglichkeit ungewöhnliche Beläſtigung durch üble Gerüche anzunehmen ſei, laſſe ſich allgemein nicht beantworten. Das Auftreten ſolcher Gerüche, auch wenn ſie von erheblich beläſtigender Art ſeien, werde unter Umſtänden nicht als ungewöhnliche Beläſtigung betrachtet werden dürfen, wenn dieſes Auftreten ſich nur ganz vereinzelt, jeweils auf ganz kurze Zeit zeige und ein Eindringen in die Wohnung des Nachbars durch vorübergehendes Schließen der Fenſter desſelben leicht verhütet werden könne.

Es wurde aber durch das Sachverſtändigengutachten und

die Zeugenaussagen in Verbindung mit den Oertlichkeiten und dem Betriebe des Geschäfts des Beklagten als erwiesen angenommen, daß sich zeitweise bei der Fabrikation des Beklagten ein höchst widerwärtiger intensiver Geruch verbreite, und daß derselbe nicht selten in gewissen mehrere Tage und Wochen dauernden Perioden in das Anwesen der Klägerin eindringe.

Hinsichtlich einiger Einwendungen des Beklagten wurde insbesondere bemerkt:

Wenn nun der vorige Richter meint, es sei einleuchtend, daß in industriellen Städten, wie Ebingen, die Grenzen gegenseitiger Toleranz unter Nachbarn unter billiger Rücksichtnahme auf die gewerblichen Interessen weiter gezogen seien, als anderswo, — so ist dies nur mit Einschränkungen richtig. Allerdings mag in fabrikreichen Orten der „Maßstab der gewöhnlichen Empfänglichkeit" in mancher Beziehung, z. B. hinsichtlich der Immission von gewöhnlichem Kohlen-Rauch und -Ruß gegenüber von Orten ohne Industrie sich ändern. Aber die gesetzliche Vorschrift des Art. 65 der Bauordnung gilt selbstverständlich für beiderlei Orte gleichmäßig und es kann keineswegs anerkannt werden, daß in einer Industrie-Stadt sich jeder Einwohner in jeder Beziehung durch gewerbliche Anlagen des Nachbars mehr gefallen lassen muß, als anderswo, daß also im gegenwärtigen Falle, weil Ebingen viele Gerbereien und Trikotfabriken besitzt, jeder dortige Einwohner auch ein nach sonstigen Begriffen ungewöhnliches Maß von üblen Gerüchen aus einem chemischen Laboratorium dulden müßte. Es wurde bei Beratung der Bauordnung nicht verkannt, daß die Bestimmung des Art. 65 für die Gewerbtreibenden unter Umständen sehr lästig sein kann; es handelte sich eben um eine billige Vermittlung zwischen den Interessen der Gewerbtreibenden und ihrer Mitmenschen. Jedenfalls ist es übrigens kein unbilliges Verlangen, wenn man einem Gewerbetreibenden zumutet, sein Gewerbe in einer die Nachbarschaft möglichst wenig belästigenden Weise auszuüben, wenn ihm dies ohne große Kosten möglich ist. So liegt aber im gegenwärtigen Falle die Sache: wenn Beklagter, statt die bei seiner Fabrikation sich entwickeln-

den Dämpfe durch die Fenster abzuleiten, für einen ordnungsmäßigen Abzug derselben Sorge trägt oder die vom Sachverständigen empfohlenen Vakuum-Pfannen anschafft, so wird voraussichtlich von einer erheblichen Belästigung der Klägerin nicht mehr die Rede sein können.

Nun mag es allerdings sein, daß Klägerin sich gegen das Eindringen des Geruches in ihre Hausräume großenteils dadurch schützen könnte, daß sie, so oft derselbe auftritt, alle Fenster gegen das Laboratorium des Beklagten schließt und geschlossen hält, bis die Gerüche vorüber sind.

Aber eine ungewöhnliche Belästigung ist auch darin zu sehen, wenn die Bewohner des klägerischen Anwesens genötigt sind, stets ihre Aufmerksamkeit darauf zu wenden, daß nicht durch ein zufällig offenstehendes Fenster der Geruch in ihre Räume bringt, und mit Recht wird seitens der Klägerin darauf hingewiesen, daß es unbillig erscheint, ihr hinsichtlich des Schließens ihrer Fenster erhebliche Zumutungen zu machen, damit Beklagter den bei ihm erzeugten Geruch in ganz ordnungswidriger Weise durch seine Fenster entweichen lassen kann. Zudem wird unter Umständen der Natur der Sache nach ein ganz kurzer Zeitraum genügen, um einen Raum des klägerischen Anwesens mit dem Geruch zu erfüllen, der dann nicht ebenso schnell wieder daraus zu vertreiben ist.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 27. Juni 1890 in Sachen der Witwe Engel c. den Fabrikanten Carl Grotz.

11.

Negatorische Klage.

Die Kläger nehmen die Beklagte auf Ersatz des Schadens in Anspruch, welcher ihren Grundstücken dadurch zugegangen sei, daß das Bett des im Eigentum der Beklagten befindlichen Blau-Kanals mangelhaft sei, so daß das Wasser bei höherem Wasserstand überströme und die Grundstücke der Klägerin überschwemme und sie verlangen die Beseitigung des mangelhaften

Zustands jenes Kanals. Die Beklagte hat ihr Privat-Eigentum am Blau-Kanal und eventuell die Verpflichtung bestritten, Aenderungen am Bette desselben vorzunehmen. In letzterer Beziehung wurde in den Gründen des die Klage abweisenden Urteils bemerkt:

Die Kläger gründen ihre Klage auf das ihnen an ihren Grundstücken zustehende Eigentum und richten dieselbe gegen die Beklagte, als die Privateigentümerin des Blau-Kanals. Hienach betrifft der zwischen den Parteien bestehende Streit einen Anspruch, der privatrechtlicher Natur ist.

Die negatorische Klage findet gegen jeden Eingriff in das Eigentumsrecht des Klägers statt; sie ist keineswegs, wie der Unterrichter annimmt, auf solche Eingriffe beschränkt, die dadurch geschehen, daß der Beklagte auf seinem Eigentum Vorrichtungen anbringt oder hat [1]); vielmehr findet, wenn der Eingriff von einer besonderen Beschaffenheit des Nachbargrundstücks herrührt, die Klage gegen den Eigentümer des letztern auch dann statt, wenn er dieselbe nicht absichtlich herbeigeführt hat. Ist übrigens, wie klägerischerseits behauptet wird, der Kanal eine künstliche Anlage, so stellt dieser selbst eine Vorrichtung oder Veranstaltung dar, durch welche auf die Grundstücke der Klägerin eingewirkt wird, mithin eine Eigentumsverletzung, welche nach l. 13 D. si serv. 8, 5 zur negatorischen Klage berechtigt.

Daß die Beklagte übrigens Eigentümerin am Blau-Kanal sei, wurde nicht als erwiesen angenommen und deshalb die Klage abgewiesen.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts v. 20. März 1890 in Sachen des Bierbrauers August Speidel c. die K. Domänendirektion.

---

1) l. 2 D. de arb. caed. 43, 16 (vergl. hiezu Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts § 169 Not. 10 in.) l. 6 § 2 D. arb. furt. caes. 47, 7; Lang, Württemb. Sachenrecht § 64 Not. 9.

12.

Negatorische Klage. Miteigentum.

In dem engen zwischen dem Hause des Klägers und der Beklagten befindlichen gemeinschaftlichen Winkel befanden sich in der Höhe des Erdgeschosses Sprießen, welche von dem einen Hause gegen das andere gespannt waren. Der Kläger, welcher behauptete, die Sprießen drücken die Wand seines Hauses hinein und es habe die Beklagte diese Sprießen angebracht, verlangte von der Beklagten die Beseitigung derselben. Er stützte die Klage auf sein Miteigentum an dem Winkel und auf sein Alleineigentum an seinem Hause. Die Beklagte bestritt die Anbringung der Sprießen, und bat um Abweisung der Klage, erklärte aber, es sei ihr gleichgültig, wenn der Kläger jene beseitige. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe.

Wird auf einem gemeinschaftlichen Grundstücke von dem einen Miteigentümer etwas unternommen, was einen Eingriff in ein Nachbargrundstück, das im Alleineigentum des andern Miteigentümers des gemeinschaftlichen Grundstücks steht, enthält, so steht letzterem außer den Klagen, die ein Miteigentümer gegen den andern hat, auch die negatorische Klage wegen des von dem gemeinschaftlichen Eigentum aus erfolgenden Eingriffs in sein Alleineigentum zu [1]).

Nach den über das Miteigentum geltenden Grundsätzen ist der Klageantrag keinenfalls begründet. Wenn ein Miteigentümer einer auf dem gemeinschaftlichen Eigentum von dem andern Miteigentümer vorgenommenen Anlage, obwohl er Widerspruch dagegen einlegen konnte, nicht widersprochen hat, so kann er nicht mehr Wiederherstellung des früheren Zustandes, nicht Beseitigung des opus, sondern nur Schadenersatz fordern. Will ein Miteigentümer darauf, daß der andere Miteigentümer das von ihm errichtete opus nicht haben oder belassen dürfe, Klage

1) Jahrb. für Dogmatik ꝛc. Bd. 8 S. 67; Steinlechner, Das Miteigentum S. 159, 160.

erheben, so gehört zum Klagegrund die Behauptung, daß er prohibiert habe, oder zur Prohibition keine Gelegenheit gehabt habe [1]). Zweifellos hätten aber die Besitzvorgänger des Klägers Widerspruch einzulegen die Gelegenheit gehabt; denn als Nachbarn konnte ihnen die Anbringung der Sprießen ꝛc. nicht unbemerkt bleiben. Daß die Besitzvorgänger des Klägers Widerspruch eingelegt hätten, behauptet der Kläger selbst nicht. Hätten hienach die Besitzvorgänger des Klägers ein Klagrecht gegen die Beklagte als Miteigentümerin nicht mehr gehabt, so kann auch dem Kläger ein solches nicht zustehen.

Was die auf das Alleineigentum des Klägers gegründete negatorische Klage anbelangt, so wurde diese für unbegründet erachtet, weil nicht nachgewiesen sei, daß die Beklagte die Sprießen habe anbringen lassen, weil jedenfalls nach den Umständen das Einverständnis der Besitzvorgänger des Klägers mit dieser Vorrichtung angenommen werden müsse, und weiter bemerkt: Wenn diese Klage aber auch und zwar, abgesehen von § 231 der C.P.O., schon nach civilrechtlichen Grundsätzen nicht bloß gegen thatsächliche Eingriffe in das Eigentum, sondern auch schon dann stattfindet, wenn die Freiheit des Eigentums durch die Behauptung einer dieselben beschränkenden Berechtigung bestritten wird, so ist doch das Klagegesuch nicht begründet. Die Beklagte, welche die Klagebehauptung, daß sie die Sprießen ꝛc. habe anbringen lassen, mit der Motivierung bestritten hat, dieselben seien seit Menschengedenken vorhanden und dienen als Stützpunkt für das Haus des Klägers, seien also wahrscheinlich von einem früheren Besitzer des klägerischen Hauses angebracht worden, beantragte deshalb die Abweisung, weil eine thätliche Störung des Eigentums des Klägers nicht von ihr aus erfolgt sei; sie hat aber nicht die Berechtigung sich zugeschrieben, deren Nichtexistenz der Kläger durch das Klagegesuch festzustellen beantragt hat.

Indem die Beklagte, nachdem sie um Abweisung der Klage gebeten hatte, im Verlaufe der Verhandlung die Erklärung ab-

1) Seuffert Bd. 18 Nr. 208; Bd. 32 Nr. 16.

gegeben hat, sie nehme, weil sie kein Interesse an der Belassung der Sprießen habe, keinen Anstand, zu gestatten, daß der Kläger dieselben entfernen lasse, hat dieselbe nicht das auf die Behauptung eines Eingriffs in das klägerische Eigentum gegründete Verlangen des Klägers anerkannt. Es liegt in der bezeichneten Erklärung keinerlei Anerkenntnis und es konnte nicht, wie dies in I. Instanz geschehen ist, hierauf ein Urteil auf Anerkenntnis erlassen werden.

Urteil des ersten Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 13. Juni 1890 in Sachen des Seifensieders Caspar Raible c. die Witwe Haug.

13.

Teilung eines Hauses.

Der Miteigentümer an einem ideell gemeinschaftlichen Hause, welcher den untern Stock desselben bewohnte, hat gegen die Beklagte, welcher die andere Hälfte gehört und welche den oberen Stock innehatte, auf Teilung des Hauses mittels öffentlicher Versteigerung geklagt. Die Beklagte verlangt Teilung in Gemäßheit der bisherigen Benützung, den einzelnen Stockwerken nach. Daß das Haus nicht in senkrechter Richtung verteilt werden könne, war nicht bestritten. Es wurde dem Klageantrag entsprochen.

Gründe:

Die Berufungsklägerin verlangt, daß das Haus, Scheuer und Garten nach der bisherigen Benützungsweise geteilt werde.

Im Falle des Streits soll derjenigen Teilungsweise der Vorzug gegeben werden, welche nach der Beschaffenheit der Sache und unter Berücksichtigung des Interesses aller Teilhaber als die zweckmäßigste erscheint. Insbesondere ist für Fälle, wo eine reelle Abteilung nicht möglich oder mit Unzuträglichkeiten verbunden ist, die Versteigerung der gemeinschaftlichen Sache, sei es unter den Teilhabern oder öffentlich, als das in der Regel geeignete Mittel in den Gesetzen anerkannt. Einer Teilung ist

die Zustimmung zu versagen, welche für die Benützung der Sache von bleibendem Nachteil sein würde.

Eine vollständige Teilung des Hauses und der Scheuer in senkrechter Richtung ist anerkanntermaßen nicht möglich. Daraus aber, daß eine Teilung nach Stockwerken und einzelnen Gelassen da, wo sie durchgeführt ist, als eine wirkliche Teilung dem Eigentum nach anerkannt wird, folgt nicht, daß sie auch als eine zweckmäßige anzusehen wäre. Daß sie dies nicht ist und deshalb eine Begünstigung nicht verdient, ergiebt sich daraus, daß der Zweck jeder Teilung, die Gemeinschaft als eine Quelle steter Streitigkeiten zu beseitigen, durch sie nur höchst unvollkommen erreicht wird. Denn es müssen noch einzelne Teile, wie Eingänge, Oehrn, Treppen, Hofräume, gemeinschaftlich bleiben, wodurch eine beständige Berührung der Beteiligten veranlaßt wird. Es müßte die Unterhaltspflicht der Umfassungsmauern, des Dachs und der gemeinschaftlichen Zwischenwände gemeinschaftlich sein und es wäre hiedurch wiederum Anlaß zu Streitigkeiten gegeben. Es ist sodann festgestellt, daß im Stall und in der Scheuer die jedem Teil zugewiesenen Räume durch keine Zwischenräume abgeschieden sind. Eine solch ungenügende Abteilung, bei welcher das Eigentum des einen dem andern und seinen Leuten schutzlos preisgegeben wäre, braucht sich kein Miteigentümer gefallen zu lassen. Es ist nicht ersichtlich, ob die Anbringung von Zwischenwänden überhaupt durchführbar wäre, jedenfalls würde sie zu der Unzweckmäßigkeit der Teilung hin noch Kosten verursachen. Ganz ungeeignet wäre die Verteilung des Gartens in so kleine Teile, wie diese der Situationsplan zeigt. Schließlich würde die Verkäuflichkeit der so gebildeten Hälften notleiden, da sich nicht leicht Käufer finden werden, wenn sie Gefahr laufen, je nach dem Charakter des Miteigentümers in beständigem Streit leben zu müssen. Die lange Dauer des bisherigen Verhältnisses kann nicht für dessen Zweckmäßigkeit angeführt werden, denn bis zum Jahre 1880 bewohnten nur ganz nahe Verwandte gemeinschaftlich das Haus. Dafür, daß auch das Württ. Recht die Teilung eines Hauses nach Stockwerken als eine unbequeme und ungeeignete ansieht,

kann auf die Begründung des Plenarbeſchluſſes des vormaligen Obertribunals vom 22. Januar 1869, Sarwey, Archiv Bd. 12 S. 350, 351, verwieſen werden. S. auch die Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuchs III. S. 45.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 24. Januar 1890 in Sachen Haller c. Müller.

14.

Teilungsklage (actio communi dividundo) in Beziehung auf gemeinſchaftliche Liegenſchaft.

Die im April 1882 zwiſchen dem Sattler Johannes S. zu Scharrenſtetten und der Wirtswitwe Walpurga K. daſelbſt geſchloſſene Ehe wurde auf Klage der letzteren durch Urteil des Landgerichts Ulm vom 17. Mai 1889 wegen grober Verletzung der ehelichen Treue ſeitens des Mannes geſchieden. In ihrem Ehevertrag vom Oktober 1882 hatten die Eheleute beſtimmt, daß die von beiden Teilen in die Ehe gebrachte Liegenſchaft, beſtehend auf Seite der Frau in zwei Wohnhäuſern und vier weiteren Grundſtücken, auf Seite des Mannes in einem Krautland, aus deren privatem Eigentum in dasjenige der unter ihnen eingeführten Errungenſchaftsgeſellſchaft mit allen rechtlichen Wirkungen übergehen und jedem Gatten hierfür Erſatz in Geld in Höhe des Anſchlages zukommen ſoll. Während der Ehe erwarben die Gatten vier weitere Grundſtücke für die Errungenſchaftsgeſellſchaft. Aus der erſten Ehe hatte die Walpurga S. zwei Töchter; ihre zweite Ehe mit Johannes S. blieb kinderlos. Johannes S. betrieb auf Grund der ihm erteilten Konzeſſion auf dem von ſeiner Ehefrau beigebrachten Hauſe Nr. 75 das Wirtſchaftsgewerbe. Während Johannes S. eine gegen ihn wegen eines Sittlichkeitsvergehens, welches in der Folge den Anlaß zur Scheidung gab, erkannte Zuchthausſtrafe verbüßte, erwirkte die Walpurga S. die Wirtſchaftsberechtigung für ſich, um das Gewerbe auf dem Hauſe Nr. 75 weiter zu führen.

Im November 1889 fand vor dem Waiſengericht und Notar

ein Versuch der Vermögensauseinandersetzung zwischen den geschiedenen Eheleuten statt, welcher mißlang, weil die Frau Zuteilung der gesamten Liegenschaft an sie um den waisengerichtlichen Anschlag, Johannes S. die Versteigerung derselben und Teilung des Erlöses verlangte. Nun erhob Johannes S. gegen seine frühere Frau bei dem Landgerichte Ulm die Teilungsklage, mit welcher er dieses Verlangen wiederholte. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem sie den Anspruch auf Teilung an sich anerkannte, die Art der Teilung aber dem Gerichte mit der Erklärung anheimstellte, daß sie in erster Linie auch jetzt noch Zuweisung der Liegenschaft an sie um den dem Auseinandersetzungsversuche zu Grund gelegten waisengerichtlichen Anschlag wünsche. Bei der mündlichen Verhandlung erklärte sich der Kläger bereit, das gesamte Anwesen auch ohne Aufstreich zu dem gegenüber jenem Anschlage um 500 Mark erhöhten Preise zu übernehmen. Das Landgericht (II. Civilkammer) erkannte: Die den Parteien gehörige Liegenschaft soll in der Art geteilt werden, daß der Beklagten die von ihr in die Ehe gebrachten Gebäude und Grundstücke um den Anschlag von 6110 M. d. h. um den waisengerichtlichen Anschlag (5610 M.) mit Hinzurechnung von 500 M., dem Kläger das von ihm beigebrachte Grundstück um den waisengerichtlichen Anschlag von 80 M. zu alleinigem Eigentum zugewiesen und daß die während der Ehe erworbenen Grundstücke im öffentlichen Aufstreich verkauft werden.

Die von dem Kläger gegen dieses Urteil erhobene Berufung wurde von dem Oberlandesgerichte aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Nach den gemeinrechtlichen, auch für Württemberg gültigen Grundsätzen soll der mit der Teilungsklage (actio communi dividundo) angegangene Richter derjenigen Teilungsweise den Vorzug geben, welche nach der Beschaffenheit der zu teilenden Sachen und der Berücksichtigung des Interesses aller Teilhaber als die zweckmäßigste erscheint. Insbesondere ist für alle Fälle, wo eine reelle Abteilung nicht möglich oder mit Unzuträglichkeiten namentlich für das Interesse des einen oder

des andern Teilhabers verbunden ist, die öffentliche Versteigerung der gemeinschaftlichen Gegenstände als das in der Regel geeignete gesetzliche Mittel bezeichnet [1]). Die öffentliche Versteigerung wird als das geeignete Auskunftsmittel sich insbesondere dann empfehlen, wenn der Wert der zu verteilenden Sachen sich nicht ermitteln, also auch nicht feststellen läßt, welche Teile als gleichwertig jedem Teilhaber zugeschieden werden können oder ob einem Teilhaber die sämtlichen Sachen oder ein verhältnismäßig größerer Teil derselben um einen bestimmten Anschlag, nach welchem die dem andern Teilhaber zu leistende Abfindung sich bemessen würde, zugeteilt werden können. Aber nicht schon deswegen allein, weil die Parteien über den Teilungsmodus sich nicht einigen können, wie Kläger zunächst geltend macht, ist die öffentliche Versteigerung behufs der Teilung des Erlöses als gesetzliche Regel vorgeschrieben, vielmehr ist auch für diesen Fall dem Ermessen des Richters weiter Spielraum gewährt, und dasselbe findet seine Grenzen nur an den erwähnten Rücksichten, im übrigen an der Zweckmäßigkeit und den Interessen aller Teilhaber. Demgemäß ist das angerufene Gericht auch nicht an die Anträge der Parteien gebunden [2]).

Der Kläger gründet seinen Antrag auf Vornahme der Teilung durch öffentliche Versteigerung überdies auf die Behauptung, daß nur hierdurch der höchste Preis für die gemeinschaftliche Liegenschaft erzielt werden könne, bezw. daß die öffentliche Versteigerung der rationellste und sicherste Weg zur Ermittelung des wahren Wertes des in der Gemeinschaft befindlichen Hauses No. 75 sei. Allein die Erzielung des höchsten Preises ist nicht immer der entscheidende Gesichtspunkt, sonst müßte auf diese Weise regelmäßig auch in solchen Fällen geteilt werden, wo eine Naturalteilung zu gleichwertigen Teilen möglich, wenigstens der wahre Wert der verschiedenen gemeinschaftlichen

1) Württb. Archiv IX, S. 439. XVIII, S. 421. Seuffert's Archiv XXXIII, Nr. 23.

2) Entsch. des R.G. in Civils. XII, Nr. 49, S. 193 ff. Seuffert's Archiv XXXVI, Nr. 124.

Sachen in ihrem Verhältnisse zu einander ermittelt werden kann. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß durch öffentliche Versteigerung regelmäßig oder voraussichtlich der wahre Wert der versteigerten Sachen festgestellt werde. Dies hängt im Einzelfall von den verschiedensten Umständen ab. Im vorliegenden Falle verfolgt der Kläger aber in der That mit seinem Antrage nicht sowohl das Ziel, daß der höchste oder der wahre Wert der zu teilenden Liegenschaften festgestellt werde, als einen egoistischen Zweck, indem er ausgesprochenermaßen hofft, bei der Versteigerung der Liegenschaft jedenfalls den wesentlichen Teil derselben, das Haus No. 75 mit den zugehörigen Grundstücken, erwerben zu können, um auf demselben das Wirtschaftsgewerbe weiter zu betreiben. Allein, abgesehen davon, ob der Kläger die Wirtschaftskonzession noch hat oder solche von der zuständigen Behörde erhalten würde, liegt auf der Hand, daß die Beklagte für sich und ihre Kinder erster Ehe, deren Interessen gleichfalls zu berücksichtigen sind, an der Erwerbung der Liegenschaft mindestens das gleiche Interesse, wie der Kläger, hätte, da sie den bezeichneten Teil der Liegenschaft schon vor der Eingehung der Ehe mit dem Kläger besessen hat und diese Liegenschaft mit Recht als Heimat für sich und ihre Kinder betrachtet, insbesondere aber, weil sie auf dem Hause No. 75 das schon von ihrem verstorbenen ersten Ehemann daselbst betriebene Wirtschaftsgewerbe auf Grund der ihr erteilten Konzession zur Zeit betreibt. Die Beklagte wäre hiernach, um sich dieses Anwesen zu erhalten, darauf angewiesen, mitzusteigern. Unter diesen Umständen läge aber die Gefahr nahe, daß sie oder der Kläger, je um ihren Zweck zu erreichen, zumal wenn dritte vielleicht bei dem Siege der einen oder andern Partei interessierte Personen mitsteigerten, schließlich die Liegenschaft nur um einen den wahren Wert unverhältnismäßig übersteigenden Preis zugeschlagen erhielte. Insbesondere für die Beklagte wäre diese Gefahr begründet, weil nach Lage der Sache nicht ausgeschlossen ist, daß der Kläger in Verfolgung seiner egoistischen Interessen allem aufbieten würde, um, falls er selbst das Anwesen nicht zu ersteigern ver-

möchte, doch die auf das Behalten vorzugsweiſe angewieſene Beklagte unverhältnismäßig hinaufzuſteigern. Dies widerſpräche aber dem Zwecke der Teilung, welche, wie bemerkt, die Intereſſen aller Gemeinſchaftsgenoſſen in billiger Weiſe wahrnehmen ſoll. Würde bei der öffentlichen Verſteigerung aber ein Dritter das Anweſen erhalten, ſo bekämen beide Teile zwar ihrem Anteile an der gemeinſchaftlichen Liegenſchaft entſprechend Geld, ſie wären aber nach ihren Verhältniſſen ſofort darauf angewieſen, ſich um ein anderes Haus mit den erforderlichen Gütern umzuſehen, und es iſt durchaus ungewiß, ob ihnen, namentlich der Beklagten, der Erwerb eines anderen Anweſens in ihrer Heimat Scharrenſtetten ſo bald gelänge und ob der letzteren dies zu einem entſprechenden Preiſe gelänge, nachdem ſie notgedrungen auf den Erwerb einer anderen Heimat angewieſen ſein würde. Wäre demzufolge die Teilung durch öffentliche Verſteigerung im vorliegenden Falle eine ſehr bedenkliche, dergeſtalt, daß auf ſie nur beim Fehlen eines anderen der Sachlage und den wirklichen Intereſſen der Parteien gerecht werdenden Teilungsmodus gegriffen werden könnte, ſo kann auch eine Verſteigerung unter den Parteien allein nicht in Frage kommen. Die gegen die öffentliche Verſteigerung ausgeführten Bedenken würden hier nahezu in gleichem Maße zutreffen. Ueberdies müßte aber auch für den Fall einer ſolchen Verſteigerung zum Schutze der Intereſſen der Parteien, insbeſondere der Beklagten und ihrer Kinder, durch das Gericht als Verſteigerungsbedingung die bare Erlegung des geſamten Steigerungserlöſes feſtgeſetzt werden. Nach dem Vorbringen des Klägers ſelbſt, wonach er nur mittelſt Bürgen das Anweſen erwerben zu können hofft, darf jedoch als gewiß, mindeſtens als höchſt wahrſcheinlich angenommen werden, daß er dieſe Bedingung nicht zu erfüllen vermöchte.

In der That erſcheint der vom Unterrichter gewählte Teilungsmodus den vorliegenden Verhältniſſen am angemeſſenſten. Es kommt hierfür in erſter Linie in Betracht, daß an ſich ſchon, weil die Einwerfung der von den jetzt geſchiedenen Gatten ſeinerzeit beigebrachten Liegenſchaften in die Errungenſchafts-

gemeinschaft, wie die Beklagte mit Recht hervorhebt, zweifellos in der Erwartung einer gedeihlichen Entwickelung der Ehe und der normalen Beendigung derselben durch Tod vereinbart worden ist, als billig und wünschenswert ein Teilungsmodus anzusehen ist, welcher zunächst jedem Gatten die von ihm in die Ehe gebrachte Liegenschaft wieder zuweist, falls nur der wahre Wert dieser Liegenschaft sich ermitteln, also sich feststellen läßt, um welchen Anschlag jedem Teile die von ihm beigebrachte Liegenschaft zuzuteilen ist, wieviel hiernach jeder Teil dem anderen hinauszuzahlen hat.

Der von der Beklagten herrührende Teil der Liegenschaft wurde aus Anlaß der Eventualteilung über den Nachlaß ihres verstorbenen ersten Ehemannes waisengerichtlich zusammen auf 5100 M. angeschlagen. Diesen Anschlag legten der Kläger und die Beklagte auch im Oktober 1882 der erwähnten Uebereinkunft zu Grunde, während hierbei das von dem Kläger beigebrachte Grundstück zu 20 M. angeschlagen wurde. Eine zweite waisengerichtliche Schätzung der von den Parteien in die Ehe gebrachten Liegenschaft durch das Waisengericht fand behufs der Vermögensabsonderung im Jahre 1889 statt. Diese Schätzung weicht von der früheren ab, indem die einzelnen Grundstücke teils höher, teils niederer, als bei der ersten Schätzung, angeschlagen wurden. Insbesondere wurde das früher zu 3000 M. gewertete Haus No. 75 zu 3800 M.; die gesamte von der Beklagten herrührende Liegenschaft, früher zu 5100 M., nunmehr zu 5600 M. und das von dem Kläger beigebrachte Grundstück nunmehr auf 80 M. angeschlagen. Man darf davon ausgehen, daß das Waisengericht, welches vermöge seiner amtlichen Obliegenheiten zu solchen Taxationen häufig berufen ist, wegen seiner Kenntnis der in Betracht kommenden, ihm naheliegenden Verhältnisse im allgemeinen auch in der Lage ist, eine dem jeweiligen wahren Werte entsprechende Taxation von Liegenschaften abzugeben. Aus dem angeführten Inhalte der zweiten waisengerichtlichen Schätzung ist auch zu entnehmen, daß das Waisengericht hiebei die seit der ersten Schätzung eingetretenen Veränderungen an den einzelnen Grundstücken, insbesondere am

Hause No. 75, und deren Einfluß auf den Wert der letzteren berücksichtigt hat. An sich kann hiernach in Ermangelung thatsächlicher Bemängelung dieser Schätzung angenommen werden, daß dieselbe dem wirklichen Wertverhältnisse im wesentlichen entspricht. Eine thatsächliche Bemängelung dieser Schätzung hat der Kläger nicht vorgebracht. Er bezeichnet lediglich das Urteil erster Instanz insofern als auf Willkür beruhend, als dasselbe diese Schätzung zu Grunde legt und zu seinem Anschlage der der Beklagten zugewiesenen Liegenschaft dadurch gelangt, daß der durch den waisengerichtlichen Anschlag festgesetzten Wertsumme dieser Liegenschaft noch die Summe von 500 M. hinzugeschlagen wird. Allein der Kläger hat in erster Instanz ausdrücklich sich bereit erklärt, das gesamte gemeinschaftliche Anwesen auch ohne Ausstreich um den gegenüber dem waisengerichtlichen Anschlag um 500 M. erhöhten Preis zu übernehmen. Diese Erklärung war ernstlich gemeint und kann nicht anders verstanden werden, als daß der Kläger die zweite waisengerichtliche Taxation jedenfalls insoweit als richtig anerkannte, als sie für das Gesamtanwesen nur um höchstens 500 M. zu nieder ausgefallen sei. Der vom Kläger gegen das Urteil erster Instanz erhobene Vorwurf der Willkür ist demgemäß von seiner Seite keineswegs begründet. Er ist überhaupt nicht beschwert, da er die Richtigkeit des waisengerichtlichen Anschlages des Gesamtanwesens zuzüglich 500 M. für dieses Anwesen selbst anerkannt hat und die Beklagte durch das angefochtene Urteil nur den von ihr herrührenden Teil des Anwesens um den waisengerichtlichen Anschlag dieses Teils mit jenem Zuschlag von 500 M. zugewiesen erhält. Die Beklagte hat sich aber ihrerseits bei dieser Wertsfestsetzung durch das Urteil erster Instanz beruhigt.

Gegen die Zuweisung des vom Kläger seiner Zeit in die Errungenschaftsgemeinschaft eingeworfenen Grundstückes an den Kläger und gegen deren Anschlag ist nichts besonderes geltend gemacht; namentlich ist vom Kläger nicht behauptet, daß dieses Grundstück etwa zu hoch gegenüber den von der Beklagten beigebrachten Grundstücken angeschlagen sei.

Als durchaus sachgemäß erscheint endlich die öffentliche Versteigerung der während der Ehe von den Parteien errungenen Liegenschaft zum Zweck der Teilung des Erlöses. Von keiner Seite ist sich über die Anordnung dieser Versteigerung beschwert oder ein Interesse an realer Zuweisung dieser Grundstücke allein geltend gemacht worden.

Dem Ausgeführten zufolge ist die Berufung gegen das angefochtene Urteil als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des zweiten Civilsenates des K. Oberlandesgerichts vom 4. Dezember 1890 in Sachen des Sattlers Johannes S. in Scharrenstetten, Klägers, Berufungsklägers gegen die Walpurga S. daselbst, Beklagte, Berufungsbeklagte, Teilung von Miteigentum betreffend.

15.

Haftung der Pfandbehörde für unrichtigen Anschlag der Unterpfänder.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

I. Die Klägerin, welche in dem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Müller A. von D. und dessen Ehefrau aus der ihr verpfändeten Liegenschaft um ihre Forderung von 13000 M. Kapital, 984 M. 97 Pf. Zinsen und 18 M. 75 Pf. Kosten des Mahnverfahrens, zusammen um 14 003 M. 72 Pf. nur mit 12 544 M. 90 Pf. befriedigt worden und mit 1458 M. 82 Pf. durchgefallen ist, nimmt ihren Regreß gegen die Beklagten als Mitglieder der Unterpfandsbehörde, welche am 7. Mai 1881 die Unterpfandsbestellung des Anton A. und seiner Ehefrau gegen die Oberamtssparkasse Kirchheim beschlossen und den Pfandschein unterschrieben haben.

Die Klage stützt sich auf die Behauptung, daß die Beklagten die verpfändete Liegenschaft fahrlässiger Weise zu hoch taxiert haben.

Die Unterpfandsbehörde haftet den Beteiligten für den Schaden, der diesen dadurch verursacht ist, daß die erstere die ihr rücksichtlich des Unterpfandwesens obliegenden Pflichten ab-

sichtlich oder aus Nachlässigkeit hintangesetzt hat, insbesondere wenn sie sich einen unrichtigen Anschlag der Unterpfänder hat zu Schulden kommen lassen.

Der vorige Richter hat ein Verschulden der Beklagten verneint, weil die Schätzung der im Rechtsstreite vernommenen Sachverständigen in keinem auffallenden Mißverhältnis zu der Taxation der Unterpfandsbehörde stehe, so daß die erstere einen Beweis für die Unrichtigkeit der Schätzung der Unterpfandsbehörde nicht zu erbringen vermöge, und noch weniger auf Grund dieses Gutachtens von einer Nachlässigkeit der Unterpfandsbehörde die Rede sein könne.

Allein es ist unzutreffend, nur die Gesamtsumme der beiden Schätzungen einander gegenüber zu stellen und nur diese zu vergleichen. Die Unterpfandsbehörde ist verpflichtet, jedes einzelne Grundstück mit Sorgfalt zu schätzen, und sie haftet für einen aus einem schuldhaften Zuwiderhandeln entstehenden Schaden.

Nun ergibt sich aus der Vergleichung der Schätzung der Unterpfandsbehörde mit derjenigen der Sachverständigen, daß die vier Grundstücke Parzelle No. 2899/1, 2904, 2920, 2922, also drei der Wiesen und der Gras- und Baumgarten, von der Unterpfandsbehörde erheblich zu hoch geschätzt worden sind. Die Unterpfandsbehörde hat den Wert der Parzelle 2899/1 auf das dreifache, denjenigen der Parzelle 2920 auf über das doppelte und denjenigen der Parzellen 2904 und 2922 auf das anderthalbfache des von den Sachverständigen für das Jahr 1881 ermittelten Wertes angegeben. Im ganzen hat die Unterpfandsbehörde für jene 4 Grundstücke einen Wert von 7800 M., die Sachverständigen einen solchen von 4200 M. angenommen, so daß sich ein Unterschied von 3600 M. ergibt.

Ein so hoher Unterschied weist schon für sich allein auf einen Fehler in der Schätzung hin. Daß aber die Unterpfandsbehörde sich eines solchen schuldig gemacht hat, ergibt sich überdies aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten.

Nach Art. 184 Abs. 2 des Pfandgesetzes sind Güter (im Gegensatz zu Gebäuden) zu den laufenden Preisen anzuschlagen.

Was unter den laufenden Preisen zu verstehen sei, ist in

§ 165 der Hauptinstruktion gesagt und des näheren erläutert. Zunächst soll nach den Vorschriften der §§ 162—164 die Ertragsfähigkeit und die Verkäuflichkeit des Gutes beurteilt und sodann in beiderlei Rücksicht eine Vergleichung mit den laufenden Preisen der Güter angestellt werden. Es muß Rücksicht darauf genommen werden, zu welchen Preisen Güter gleicher Art in den letztvergangenen Jahren verkauft oder bei Inventuren und Teilungen angeschlagen worden sind, wobei außergewöhnlich günstige oder ungünstige Verhältnisse des Augenblicks außer Betracht zu lassen sind.

Hiernach ist unter „laufendem Preis" derjenige Preis zu verstehen, um welchen unter gewöhnlichen Verhältnissen ein Gut verkauft werden kann.

Dieser Maßstab entspricht auch allein dem Zweck, den Gläubiger möglichst zu sichern und ihm einen Anhaltspunkt zu Bemessung seiner Sicherheit zu bieten. Es kann aber nicht ein Preis darunter verstanden werden, welchen eine einzelne Person aus ganz besonderen Gründen dafür zu zahlen genötigt wäre. Davon gehen die Beklagten selbst aus, wenn sie von dem Werte sprechen, den die Grundstücke für das allgemeine Publikum haben.

Die Beklagten haben auch in dem von ihnen unterschriebenen Pfandschein ausdrücklich bezeugt:

„daß der unten bemerkte Anschlag der Güter von uns nach den laufenden Preisen mit Gewissenhaftigkeit gemacht worden ist".

Allein dies ist entgegen dieser Versicherung nicht geschehen.

In der Klagebeantwortung wird ausgeführt:

„daß die Unterpfandsbehörde bei diesem Anschlag das Mühlanwesen und die Grundstücke nicht nach dem Maßstabe der laufenden Preise in D. bemessen dürfe, das verstand sich von selbst; nicht ein Haus, sondern eine Mühle; nicht Wiesen, die man auch sonst hätte erwerben und bewirtschaften können, sondern Wiesen in unmittelbarer Nähe des Mühle-Anwesens, dieses ohne jene gar nicht denkbar".

Ferner: „darunter die Wiese Parzelle 2899/1, durch deren ganze Länge der Mühlkanal gebaut ist und ohne deren Besitz der Betrieb der Mühle zur Unmöglichkeit würde". „Die Wiesen

haben gerade durch ihre Zugehörigkeit zum landwirtschaftlichen Betriebe der Mühle einen um so höheren Wert; der Müller kann sie von dritten nicht erwerben lassen; dadurch ist der höhere Preis der einzelnen Grundstücke erklärt". „Man kann also von dem Erfordernis des laufenden Preises bei der Erlenmühle nur mit Restriktion sprechen. Die betreffenden Grundstücke haben für das allgemeine Publikum nicht denjenigen Wert, welchen sie für den Besitzer des Mühle-Anwesens haben werden und müssen". „Es wird der Sachverständige feststellen, daß die Wiesenparzellen 2920, 2922 hinsichtlich ihres Ertrages, der Nähe und Unentbehrlichkeit zur Mühle den Wert der höchsten Klasse repräsentieren".

Hienach ist von den Beklagten zugegeben, daß sie nicht nach den laufenden Preisen, sondern nach dem Werte geschätzt haben, den die Wiesen für den Müller haben. Sie haben also geradezu der Vorschrift des Art. 184 Abs. 2 des Pfandgesetzes entgegenhandelt. Ueberdies liegt die Erwägung nahe, daß dann, wenn die gegebene Sicherheit in Anspruch genommen werden muß, weil der Personalkredit des Müllers erschöpft ist, dessen Konkurrenz bei dem Verkaufe der bei der Mühle gelegenen Grundstücke als einzelner nicht mehr in Rechnung genommen werden darf.

Die Beklagten berufen sich nun aber darauf, daß es sich nach der Natur der Sache und der Beschaffenheit des Mühle-Anwesens von selbst verstanden habe, daß die Unterpfandsbehörde den Wert desselben nicht nach dem Maßstabe der laufenden Preise in D. habe bemessen dürfen, daß sie vielmehr das Mühlewesen als Ganzes zu taxieren gehabt habe. Es sei durchaus gewissenhaft, diesen Unterschied zu beachten. Ungerecht und das Vermögen des Mühlebesitzers schädigend wäre es, einen allgemeinen, diesen Unterschied verwischenden Maßstab für die Schätzung als notwendig zu verlangen.

Allein wenn die Beklagten in dieser Weise schätzen wollten, so hatten sie dem Ausdruck zu geben und sie konnten nicht bezeugen, daß der Anschlag der Güter nach laufenden Preisen gemacht sei. Dann hätte die Klägerin aus dem Pfandscheine

ersehen können, daß sie das Anwesen nur im ganzen oder aber die Güter im einzelnen nur um erheblich geringere Preise anbringen könne, während sie nach dem Pfandschein schon in den laufenden Preisen der Güter eine vollständige Deckung des hingegebenen Kapitals hatte.

Ueberdies aber haben die Beklagten auch von dem eben angeführten Standpunkte aus, durch welchen sie sich zu rechtfertigen suchen, fahrlässig gehandelt.

Wenn dieselben die Wiesen in ihrem Zusammenhange mit dem Mühlenwesen schätzen wollten, so hatten sie diesen Grundsatz auch bei dem Mühlgebäude anzuwenden und auch dieses in seinem Zusammenhange mit den Gütern, das Mühlanwesen überhaupt als Ganzes zu schätzen. Sie konnten nicht ohne weiteres den schon aus dem Jahre 1867 herrührenden Brandversicherungsanschlag im wesentlichen zu Grunde legen und den erheblich niedrigeren Steueranschlag ganz unberücksichtigt lassen.

Wenn der Eigentümer der Mühle zu unverhältnismäßig hohen Preisen Güter erwerben mußte, um seine Mühle überhaupt betriebsfähig zu machen, so erhöht dies den Wert des Ganzen noch nicht um den gleichen Betrag.

Der Wert des Mühlanwesens im ganzen drückt sich am zuverlässigsten in den Verkaufspreisen aus. Daß die Pfandbehörde bei ihrer Taxation die Verkaufspreise anderer Mühlanwesen gleicher Art berücksichtigt habe, wird nicht geltend gemacht. Was aber die Verkaufspreise der Erlenmühle betrifft, so erkaufte sie Bartholomäus M. im Jahre 1858 um 9300 fl. = 15 942 M. 85 Pf. und Anton A. am 2. Juni 1870 um 11 000 fl. = 18 857 M. 14 Pf.

Wollte die Pfandbehörde den hierin liegenden bestimmten Anhaltspunkt verlassen und über den Verkaufspreis von 1870 um 7893 M., also um nahezu die Hälfte des von A. bezahlten Preises aufsteigen, so mußte sie, wenn sie gewissenhaft und sorgsam schätzen wollte, hiezu hinreichende Gründe haben. Allein die von den Beklagten angegebenen Gründe können nicht genügen. Sie erweisen sich zum Teil als leere Vermutungen, auf welche eine gewissenhafte Schätzung nicht gestützt werden durfte.

Die Thatsache, daß der Müller Th. und Bartholomäus M. auf der Erlenmühle ihr gutes Fortkommen hatten, drückte sich in den von ihnen erzielten Erlösen aus. Es wird behauptet, der Preis von 11 000 fl., welchen Bartholomäus M. erzielt habe, sei ein zu geringer gewesen, er habe sich in einer Zwangslage befunden, sofern er ein anderes Anwesen habe übernehmen müssen. Allein hieraus ergiebt sich kein irgendwie sicherer Anhaltspunkt dafür, um wie viel mehr der Verkäufer M. unter anderen Umständen hätte erlösen können.

Die Ausbeutung einer Zwangslage ist nur da möglich, wo keine Konkurrenz von Kaufsliebhabern vorhanden ist, und der Erlös von 11 000 fl. zeigt, daß sich Liebhaber zu höheren Preisen nicht fanden. Wenn Bartholomäus M. bezeugt, er habe immer 14 000 fl. gewollt, so ist es eine bekannte Thatsache, daß das, was der Verkäufer will, für den wirklichen Wert nicht maßgebend ist.

Im August 1878 soll sodann Sägmüller M. von Sch. für die Erlenmühle 14 000 fl. = 24 000 M. geboten haben; der Handel sei aber nicht zu stande gekommen, weil A. auf der Summe von 16 000 fl. = 27 428 Mark beharrt habe. Diese Verkaufsverhandlungen seien in D. ortsbekannt gewesen.

Hat die Unterpfandsbehörde ihre Schätzung durch solche Gerüchte beeinflussen lassen, so ergiebt sich hieraus die Fahrlässigkeit ihres Verfahrens. Denn der Zeuge M. hat angegeben, er selbst habe gar kein Angebot gemacht; 13 000 fl. = 22 285 M. hätte er sich gefallen lassen; er selbst habe das Anwesen genau besichtigt.

II. Unerheblich ist der Einwand der Beklagten, daß sie nicht gewußt haben, und daß die Klägerin ihnen nicht mitgeteilt habe, daß letztere nur gegen doppelte Sicherheit Gelder ausleihen dürfe. Den Beklagten wird nicht vorgeworfen, daß sie wissentlich die Grundstücke zu hoch angeschlagen haben, sondern ihre Verschuldung besteht darin, daß sie dieselben den Vorschriften zuwider nicht nach laufenden Preisen geschätzt haben. Demgegenüber aber ist die Frage, ob die Beklagten jene Sta-

tutenbestimmung gekannt haben oder nicht, gleichgültig. Denn sie können nicht geltend machen, sie würden, wenn sie dieselbe gekannt hätten, anders und niederer geschätzt haben. In beiden Fällen waren sie zu einer sorgsamen und gewissenhaften Schätzung verpflichtet.

Die Beklagten selbst geben auch nicht an, inwiefern das Wissen um jene Bestimmung einen Einfluß auf ihre Schätzung gehabt haben würde.

III. Mit der unrichtigen und auf einer Verletzung der Bestimmungen des Pfandgesetzes beruhenden Schätzung steht aber auch der Verlust der Klägerin in ursächlichem Zusammenhang.

Nach den Statuten der Oberamtssparkasse Kirchheim § 9 werden die Gelder gegen zweifache hypothekarische Sicherheit ausgeliehen. Nach § 9 Absatz 2 soll die Sicherheit in der Regel mindestens zur Hälfte in Gütern bestehen und eine Ausnahme ist hievon nur bei Bezirksangehörigen zulässig, wenn die Sicherheit für sonst durchaus genügend erachtet werden kann.

Es liegt kein Grund vor, welcher die Annahme rechtfertigen würde, daß die Organe der Klägerin bei richtiger Schätzung der Liegenschaft durch die Pfandbehörde diese Vorschriften nicht eingehalten haben würden. In diesem Falle würde aber das Anlehen überhaupt nicht abgegeben worden sein, denn bei richtiger Taxation war weder doppelte Sicherheit, noch die Hälfte der Sicherheit in Gütern vorhanden.

Müller A. wollte ein Anlehen von 13 000 M. aufnehmen. Es hätte also Liegenschaft im Anschlag von 26 000 M. und hierunter mindestens für 13 000 M. Güter verpfändet werden müssen. Allein es war für die Sicherheit im ganzen nur ein Betrag von 23 150 M. und für die Güterſicherheit ein solcher von 11 150 M. übrig.

Allerdings haben nun die Sachverständigen die Ackerparzellen um 1350 M. höher angeschlagen, als die Pfandbehörde. Allein dies ist unerheblich, denn es kann nicht gesagt werden, die Unterpfandsbehörde würde, wenn sie die Wiesen irrtümlicherweise nicht zu hoch, sondern um 3600 M. niedriger geschätzt hätte, nun die Aecker um 1350 M. höher angeschlagen

haben. Sie hat dies nicht gethan, weil ſie den von ihr angegebenen Wert der letzteren Grundſtücke für den richtigen hielt.

Allein auch abgeſehen davon, wenn davon auszugehen wäre, der Pfandbehörde komme zu gut, daß ſie die Ackerparzellen um 1350 M. höher hätte ſchätzen können, ſo würde ſich doch die erforderliche Summe nicht ergeben.

Es läßt ſich auch nicht einwenden, der Schuldner A. würde dann eben nur ein kleineres Anlehen erhalten haben. Denn A. bedurfte eines Anlehens von 13 000 M., um ſeine Pfandſchulden zu decken, wie dies die Beklagten ſelbſt anführen. Es würde daher ein Anlehen im geringeren Betrage für ihn nicht genügt haben und ein ſolches nicht zu ſtande gekommen ſein.

Die Beklagten haben auch den urſächlichen Zuſammenhang nach dieſer Richtung nicht beſtritten.

Auch durch die Thatſache, daß Müller A. das Mühlanweſen hat herunterkommen laſſen, wird der Zuſammenhang zwiſchen dem Verſchulden der Beklagten und dem eingetretenen Schaden nicht aufgehoben. Es mag dadurch der Schaden vergrößert worden ſein, allein es bleibt dennoch richtig, daß dieſer Schaden die Klägerin ohne das Verſchulden der Beklagten nicht getroffen hätte, weil das Anlehen nicht abgegeben worden wäre. Nur wegen der Fahrläſſigkeit der Beklagten konnte jenes nachteilige Ereignis gegenüber von der Klägerin ſeine Wirkung äußern.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 2. Mai 1890 in Sachen der Oberamtsſparkaſſe Kirchheim c. Schultheiß Sch. und Gen.

Die Reviſion gegen dieſes Urteil iſt vom Reichsgericht zurückgewieſen worden.

16.

Erforderniſſe einer Fauſtpfandurkunde.

Ueber die Erforderniſſe einer ſolchen wurde ausgeführt: „daß ſodann die Fauſtpfandurkunde bloß von dem Verpfänder und nicht von dem Pfandgläubiger unterzeichnet werden muß,

ist gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem vormaligen württ. Obertribunal anzunehmen, da das Pfandgesetz eine diesfallsige Vorschrift nicht enthält und begrifflich zur Ausstellung einer schriftlichen Urkunde über eine einseitige Verpflichtung die Unterschrift des sich Verpflichtenden genügt."

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 4. April 1889 in Sachen Hugo Zimmerer c. Enslin.

In gleicher Weise hat das Oberlandesgericht an der in Bolcher's Zeitschrift B. 26 S. 108 veröffentlichten Ansicht des vormaligen Obertribunals festgehalten in der Berufungssache Beeger c. Reitter Urteil vom 12. Juni 1885.

17.

Wie lange bleibt der Anbietende durch einen Vertrags-Antrag gebunden?

Beide Teile sind Kaufleute. Der Beklagte hat von dem Kläger Wein gekauft, welcher nicht zu seiner Zufriedenheit ausgefallen sein soll. Der Beklagte ließ deshalb den Kläger durch einen Bekannten um einen Nachlaß angehen, worauf der Kläger erwiderte, unter 110 M. für das Hektoliter könne er nicht heruntergehen. Der Beauftragte des Beklagten erklärte, er wolle dies dem Beklagten mitteilen. Erst nach einem Monat benachrichtigte der Beauftragte des Beklagten den Kläger, Beklagter sei mit dem Vorschlag einverstanden, worauf Kläger alsbald entgegnete, jetzt gebe er das Hektoliter nicht mehr um 110 M. Der Beklagte wurde zur Zahlung des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises verurteilt.

Gründe:

Nach A. 319 H.G.B. ist bei einem unter Abwesenden gestellten Antrag der Antragende bis zu dem Zeitpunkt gebunden, in welchem er bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letztern erwarten darf. Es kann die Ansicht nicht als richtig erachtet werden, daß hierunter nur zu verstehen sei, von da an sei der Anbietende zum Widerruf der Offerte berechtigt, dieselbe bleibe aber, wenn sie nicht wider-

rufen werde, in ihrer Wirksamkeit bestehen und könne, wenn inzwischen kein Widerruf erfolgt sei, auch noch später mit Wirkung angenommen werden. Es ist vielmehr die Auffassung zutreffender, daß, wenn die Annahme nicht rechtzeitig erfolgt, der Antrag von selbst erlösche. Vertragsanträge werden mit Rücksicht auf die jeweilige Lage der dem Wechsel unterworfenen Verhältnisse, nicht für immer gemacht [1]).

Die Frist, binnen welcher der Antragende bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger Absendung den Eingang der letzteren erwarten darf, berechnet sich durch Summierung der Beförderungszeit der Offerte, des modicum tempus für die Erklärung der Annahme, und die Beförderungszeit der Annahme. Weder für das eine noch das andere bedurfte es im vorliegenden Fall einer irgend erheblichen Zeit. In wenigen Tagen konnte der Kläger auf seine Erklärung, „unter 110 M. könne er nicht heruntergehen, soviel müsse er für den Wein haben", zu deren Ueberbringung an den Beklagten der mit den Unterhandlungen von dem Beklagten beauftragte Küfer G. sich bereit erklärt hatte, eine Antwort erwarten. Daß der Beklagte verreiste, ändert hieran nichts. Solche Abhaltungen, welche mit dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang nichts zu thun haben, können nicht berücksichtigt werden, um so weniger, als weder der Küfer G. verhindert gewesen wäre, den Beklagten brieflich zu benachrichtigen, noch der Beklagte selbst, sei es durch die Reisevorbereitungen, sei es durch die Abreise, abgehalten gewesen wäre, dem Kläger auf dem gleichen Wege die kurze Mitteilung von der Annahme des Vorschlags zu machen. Hienach blieb der Kläger über den Zeitpunkt, in welchem er den Eingang der Antwort erwarten durfte, also über einige Tage hinaus, an sein Angebot nicht gebunden und sein Antrag war längst erloschen, als der Beklagte dem Kläger Ende Juli die Annahme erklären ließ.

---

1) S. Reichs-O.H.G. Bd. 3 S. 117, Bd. 6 S. 244, Bd. 10 S. 11, Bd. 14 S. 301; Seuffert's Archiv Bd. 33 S. 87, Bd. 40 S. 63; Hahn, Comm. Bd. II, S. 196, 202, 203; Endemann, Handbuch S. 430, 435; Puchelt II, S. 169, Ziffer 4; Motive zum Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs I, S. 168.

Allerdings steht dem Beklagten offen, die Behauptung aufzustellen und zu erweisen, daß der Kläger trotz der gesetzlichen Regel seinen Antrag habe fortbestehen lassen wollen, und daß er noch Ende Juli auf eine Antwort auf seinen Vorschlag gewartet habe.

Dieser Beweis wurde aber als nicht erbracht angesehen, insbesondere mit Rücksicht auf die Schwankungen in den Weinpreisen, die eingetreten sein konnten, und auf die Zinsenverluste, die der Kläger durch längeres Zuwarten erlitt.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 5. Juli 1889 in Sachen Kupper c. Muspach-Steidle.

18.

Haftung desjenigen, der als Bevollmächtigter handelt, ohne es zu sein.

Der Beklagte August M. hat von dem Kläger Jakob H. eine Partie Schuhmacherartikel erkauft, wobei er sich als von seinem Vater J. B. M. zum Abschluß des Geschäfts ermächtigt gerierte.

Der Kläger hat zunächst gegen den Kaufmann J. B. M. auf Bezahlung geklagt, er hat gegen denselben in 1. Instanz ein obsiegendes Urteil erlangt, wurde aber in 2. Instanz, nachdem J. B. M. beschworen hat, daß er seinen Sohn zum Ankauf der Waren nicht bevollmächtigt habe, mit seiner Klage abgewiesen und in die Kosten verfällt. In diesem Prozesse wurde auch der Sohn August M. als Zeuge vernommen. Derselbe hat ausgesagt, er könne nicht bestreiten, daß Kläger habe annehmen müssen und angenommen habe, er handle für seinen Vater; er sei aber in keiner Weise berechtigt gewesen, für diesen zu handeln. Die bei dieser Gelegenheit zwischen dem Kläger und August M. vorgenommenen Vergleichsversuche scheiterten daran, daß August M. nur einen Teil der bisherigen Kosten übernehmen wollte. Nachdem der Kläger mit seiner Klage gegen J. B. M. abgewiesen war, hat August M. die gekaufte Partie Schuhmacherartikel übernommen und bezahlt.

Der Kläger verlangt von demſelben nun auch die Koſten des Vorprozeſſes erſetzt. Der Beklagte wendet ein, der Kläger habe nur entweder Erfüllung oder Schadenserſatz fordern können. Er habe das erſtere gewählt und könne nicht noch Schadenserſatz verlangen. Sodann hätte Kläger den erſten Prozeß gegen J. B. M. nicht führen ſollen. Er hätte ſich erkundigen ſollen, ob der Beklagte Auguſt M. Vollmacht gehabt habe. Das Verhalten des Beklagten ſei kein doloſes geweſen. Jedenfalls habe Kläger zum Streiten gegen J. B. M. von da an keinen Grund mehr gehabt, nachdem der Beklagte ſelbſt angegeben habe, er habe keine Vollmacht gehabt. Der Beklagte wurde in beiden Inſtanzen zum Erſatz der Koſten verpflichtet.

Gründe:

I. Wer als Bevollmächtigter eines Andern in deſſen Namen ein Geſchäft abſchließt, gibt damit die Erklärung ab, daß er zum Abſchluſſe bevollmächtigt ſei, und aus dieſer Erklärung haftet er nach Art. 55. 298 des H.G.B. demjenigen, mit welchem er abgeſchloſſen hat, dann, wenn er Vollmacht nicht erhalten hatte. Es iſt in Art. 55. 298 des H.G.B. für das Handelsrecht ein Rechtsgrundſatz ausgeſprochen, der auch im gemeinen Recht Geltung hat. Der falsus procurator haftet dem Dritten, auch wenn er bona fide gehandelt hat [1]). Seine Haftpflicht wird dadurch andererſeits nicht ausgeſchloſſen, wenn auch der Dritte bei näherer Nachforſchung hätte entdecken können, daß eine Vollmacht nicht vorhanden ſei.

Nach Art. 55 Abſ. 2 H.G.B. tritt die im Abſ. 1 ſtatuierte Haftpflicht nur dann nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Vollmacht kannte, ſich mit dem falsus procurator eingelaſſen hat.

II. Nun hat der Beklagte Auguſt M., als er am 16. Auguſt 1886 von dem Kläger Schuhmacherartikel erkaufte, ſich als Bevollmächtigter ſeines Vaters J. B. M. geriert, und ebenſo ſteht nunmehr feſt, daß er weder eine generelle, noch eine ſpezielle Ermächtigung zum Abſchluſſe des in Rede ſtehen-

1) Entſch des Reichs-G. Bd. 18 S. 158, Bd. 6 S. 216. Hahn, Comm. 3. Aufl. Bd. I, S. 215 Not. 2. Endemann, Hdb. I, S. 306,

den Handelsgeschäftes hatte. Auf die Frage, ob der Kläger das Nichtvorhandensein der Vollmacht zu beweisen hätte, wie das R.G. B. 18, S. 158 ausführt, oder ob der Beklagte, um sich von dem Anspruche des Klägers zu befreien, den Beweis der Ermächtigung zu führen hätte, wie das R.O.H.G. Bd. 22 S. 34 angenommen hat, kommt es also im vorliegenden Falle nicht an. Der Kläger konnte den feststehenden Thatsachen zufolge nach seiner Wahl die Erfüllung des Geschäfts oder Schadensersatz vom Beklagten beanspruchen. Im einen, wie im andern Falle hat aber derjenige, der als Bevollmächtigter abschloß, ohne Vollmacht erhalten zu haben, dem Dritten neben der Erfüllung (der kontraktlich bedungenen Leistung), beziehungsweise neben dem Ersatze für die Erfüllung auch Ersatz zu leisten für etwa weitere Nachteile, die dem Dritten dadurch zugegangen sind, daß der angebliche Vollmachtgeber durch den Vertragsabschluß nicht verpflichtet wurde, die ihm nicht zugegangen wären, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. Der Kläger konnte also, wenn er von dem Beklagten Erfüllung des Geschäfts beanspruchte, außer dieser Hauptleistung auch noch das accessorische Interesse, den Ersatz der Kosten des gegen den angeblichen Prinzipal J. B. M. geführten Prozesses, die er aufgewendet, beziehungsweise zu erstatten hatte, vom Beklagten beanspruchen. Denn diese Kosten hätte er nicht zu tragen gehabt, wenn die Erklärung des Beklagten, daß er von seinem Vater zum Abschlusse des Geschäftes ermächtigt sei, der Wirklichkeit entsprochen hätte.

III. Damit, daß der Kläger, nachdem der Prozeß gegen J. B. M. zu seinen Ungunsten entschieden war, nunmehr den Beklagten zur Erfüllung des Kaufsgeschäftes aufforderte, und somit die kontraktlich bedungene Leistung, nicht Schadensersatz statt der Erfüllung, wählte, ist der Anspruch auf das accessorische Interesse, auf den Ersatz der Kosten des Vorprozesses gegen J. B. M. nicht ausgeschlossen. Ein Verzicht auf den Ersatz dieser Kosten liegt in dem Verlangen der Hauptleistung, der Erfüllung des Kaufvertrags, nicht; und ebensowenig liegt solcher Verzicht in der Annahme des Kaufpreises für die Waren.

Es kann ſodann auch nicht der Vorwurf eines Verſchuldens gegen den Kläger daraus abgeleitet werden, daß er den Prozeßweg gegen J. B. M. betreten hat. Denn er durfte der Kundgebung des Beklagten, daß er von denſelben bevollmächtigt ſei, vertrauen. Ebenſowenig trifft der Vorwurf zu, daß der Kläger nachdem der Beklagte als Zeuge in dem Prozeſſe gegen J. B. M. ſich dahin ausgeſprochen hatte, er ſei nicht ermächtigt geweſen, für denſelben zu handeln, beziehungsweiſe, nachdem der Beklagte erklärt hatte, daß er mit Hilfe des ꝛc. Sch. bezahlen könne, den Prozeß gegen J. B. M. nicht weiter hätte verfolgen, vielmehr weitere Prozeßkoſten hätte erſparen ſollen. Denn der Beklagte hat es bei den anläßlich der Vernehmung des Beklagten ſtattgehabten Vergleichsverhandlungen abgelehnt, dem Kläger die Prozeßkoſten zu erſetzen; und der Kläger wäre der Gefahr ausgeſetzt geweſen, daß ihm, wenn er den Prozeß gegen J. B. M. fallen gelaſſen hätte, von dem nunmehrigen Beklagten Auguſt M. entgegengehalten worden wäre, der Prozeß gegen J. B. M. hätte zu einem für den Kläger günſtigen Reſultat geführt. Die Aeußerung des Beklagten Auguſt M., daß er mit Hilfe des ꝛc. Sch. bezahlen könne, enthielt nur eine unſichere Ausſichtseröffnung, mit der ſich der Kläger nicht begnügen konnte. Sache des Beklagten wäre geweſen, den Kläger zu befriedigen.

Urteil des 1. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 31. Januar 1890 in Sachen des Kaufmanns Auguſt M. c. den Lederhändler Jakob H.

19.

Verkauf eines Geſchäfts mit der Kundſchaft.

Der Klage auf Bezahlung des Kaufſchillings gegenüber hat der Beklagte eingewendet, der Kläger, welcher ihm ſein Geſchäft mit der Kundſchaft verkauft habe, habe dem Vertrag entgegengehandelt, und ihn dadurch berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadenserſatz zu verlangen. Hierüber wurde bemerkt:

Man kann dem Beklagten zugeben, daß gemäß der Vertragserklärung, wonach die bestehende Kundschaft mit der Fabrik „verkauft" wird, der Verkäufer mindestens dazu verpflichtet war, dem Beklagten diese Kundschaft nicht durch positive Handlungen abwendig zu machen, sowie daß der Verkäufer durch Vernichtung der an den Beklagten gerichteten Bestellungskarten, wie durch Einführung und Empfehlung des Orth als seines Nachfolgers dieser Verbindlichkeit wissentlich zuwider gehandelt hätte, und daß er durch solche verschuldete Nichterfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit dem Beklagten zur Leistung des Interesses, welches dieser an ihrer Erfüllung hatte, verpflichtet sein würde, auch daß dies zur Aufhebung des Vertrags führen kann, falls das Interesse des Beklagten eben hierauf gerichtet ist.

Der Beklagte wurde aber zur Zahlung verurteilt, weil er weder sein Interesse an Auflösung des Vertrags, noch den Schaden, letztern auch nur insoweit genügend thatsächlich begründet hat, daß § 260 C.P.O. hätte Anwendung finden können.

Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 21. Juni 1889 in Sachen Glazle c. Barth.

20.

Irrtum über den Meßgehalt eines Grundstücks.

Der Kläger hat im September 1888 dem Beklagten dessen Ziegeleianwesen, bestehend aus Gebäulichkeiten und Aeckern, um 80 000 M. abgekauft. Die Urkunde über diesen Kauf enthält die Bestimmung „die Besitzübergabe ohne Meßgarantie erfolgt am 1. November 1888". Bei den dem Abschluß vorangegangenen Verhandlungen soll der Beklagte geäußert haben, der Meßgehalt der bei dem Anwesen befindlichen Aecker sei 11—12 Morgen. Längere Zeit nach Abschluß des Vertrags und nachdem er einen Teil des Kaufschillings bezahlt hatte, will der Kläger entdeckt haben, daß die Aecker einen erheblich geringeren Meßgehalt haben. Er hat daher gegen den Beklagten Klage darauf erhoben, es wolle erkannt werden, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, als Kaufschilling für die von ihm an den

Kläger verkauften Aecker 44 540 M. zu beanspruchen, sondern nur 28 540 M., daß also der Kaufschilling für die Aecker um 16 000 M. ermäßigt werden müsse. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

I. Die angestellte Klage ist eine Klage des Schuldners auf Kompensation. Der Kläger als Schuldner des Beklagten behauptet, daß er, durch Aeußerungen des letzteren veranlaßt, in dem Kaufvertrage vom 27. September 1888 über das Ziegeleianwesen des Beklagten zu einem um 16 000 M. höheren Kaufpreise sich demselben verpflichtet habe, als er, wenn jene Aeußerungen nicht erfolgt wären, ihnen verwilligt haben würde, und daß der Beklagte ihm hierwegen zur Leistung des Interesses verpflichtet sei; und der Kläger will nun, daß um den Betrag seiner Interesseforderung von 16 000 M. die Kaufschillingsforderung des Beklagten durch Kompensation getilgt sei, im Wege der Klage zur gerichtlichen Anerkennung bringen. Eine solche Klage auf Kompensation ist schon nach civilrechtlichen Grundsätzen statthaft [1]).

Wollte man übrigens auch die Klage als negative Feststellungsklage nach § 231 der C.P.O. auffassen, so ist dieselbe doch als statthaft zu erachten; denn daran, daß alsbald festgestellt wird, es stehe dem Beklagten aus dem Kaufvertrage vom 27. September 1888 an dem in demselben bezeichneten Preise bezüglich des Betrags von 16 000 M. eine Forderung nicht zu, hat der Kläger ein rechtliches Interesse, insoferne eine Ungewißheit darüber, welchen Umfang die Leistungen, die Kläger dem Beklagten zu machen hat, haben, vermögensrechtliche Nachteile für den Kläger zur Folge hat.

II. Ein Irrtum über die Ausdehnung und Größe einer Sache, welche Gegenstand eines Kaufgeschäftes ist, bildet einen wesentlichen Irrtum nicht, wenn die Parteien über die konkrete Sache einig sind. Denn das Rechtsgeschäft ist in allen wesentlichen Beziehungen, bezüglich des Rechtsgeschäftes, das geschlossen wurde, bezüglich der Person, mit der, und bezüglich

1) Windscheid § 349 Note 16; Dernburg, Pand. 2. Aufl. II, S. 174.

der Sache, über die es geschlossen wurde, sowie bezüglich der Gegenleistung, des Kaufpreises, das wirklich gewollte. Wenn freilich der Verkäufer einen bestimmten Umfang der Sache zugesichert hat, so haftet er aus seiner Zusicherung; und wenn der Verkäufer einen Irrtum in den Beweggründen, durch welche der Käufer zum Kaufe sich bestimmen ließ, durch Arglist hervorgerufen oder widerrechtlicher Weise benützt hat, so ist das Geschäft wegen Betrugs anfechtbar, und es kann zugleich Schadensersatz gefordert werden [1]).

Es kann jedoch der Betrogene auch sich darauf beschränken, bloß Schadensersatz zu fordern. Nur Schadensersatz kann er fordern, wenn der Betrug nicht das Motiv zur Eingehung des Geschäftes selbst bildete, sondern bloß das Motiv zur Zustimmung in Modalitäten oder Nebenpunkten des Geschäftes war [2]).

III. Von einer den Beklagten verpflichtenden, eine Nebenberedung zu dem Kaufvertrag über das Ziegeleianwesen bildenden Zusicherung kann nun, weil die Zusicherung nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen wurde, nicht die Rede sein, weil alle auf einen Liegenschaftskauf bezüglichen Nebenberedungen, wenn sie nicht schriftlich abgefaßt und unterzeichnet sind, nichtig sind.

IV. Wenn der Kläger behauptet, daß er infolge der Aeußerungen des Beklagten, die dem Abschlusse des Kaufvertrages vom 27. September 1888 vorangingen, in den Irrtum versetzt gewesen sei, das Anwesen, welches, wenn es nach dem in der Vertragsurkunde angegebenen Metermaße, wenn dasselbe in Morgen umgerechnet wird, nicht ganz 7 Morgen enthält, habe eine Größe von 11 Morgen, so kann er hierwegen Schadensersatz nur beanspruchen, wenn er beweist, daß die in Rede stehenden Aeußerungen des Beklagten wider besseres Wissen erfolgt sind, und daß dieselben für den Kläger bestimmend waren, den vereinbarten Kaufpreis für das Anwesen zu verwilligen.

---

1) Wächter, württ. Privatrecht II, S. 751 Not. 3 u. S. 756, 757; Vangerow, III, S. 269 lit. c.

2) Wächter, l. c. S. 757, 758; Vangerow, Bd. III, S. 274 ff. Entsch. des Reichs-G. in Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 184.

1) Der Beklagte gibt zu, geäußert zu haben, ſeiner Schätzung nach werde alles in allem nicht viel zu 10 Morgen fehlen. Allein es iſt erwieſen, daß der Beklagte dieſe Aeußerung nicht gegen beſſeres Wiſſen gethan hat. — Die weitere Ausführung hierüber iſt ohne Intereſſe. —

2) Würde derſelbe den Meßgehalt der Aecker zu 11—12 Morgen angegeben haben, ſo könnte nicht wohl gezweifelt werden, daß dies gegen beſſeres Wiſſen geſchehen wäre. Es kann aber nicht angenommen werden, daß der Kläger durch die irrige Meinung, die zu dem Anweſen gehörigen Aecker meſſen mindeſtens 11 Morgen, zu der Verwilligung des Kaufpreiſes von 80 000 M. für das Anweſen ſich habe beſtimmen laſſen. Vor allem iſt es eine willkürliche mit der Sachlage im Widerſpruche ſtehende Behauptung des Klägers, daß die Parteien bei Feſtſetzung des Kaufpreiſes den Brandverſicherungsanſchlag der Gebäulichkeiten, der, wie dies zum Zwecke der Beſchreibung häufig geſchieht, in der Kaufsurkunde aufgeführt iſt, mit zuſammen 35 460 M. als Preis der Gebäulichkeiten zu Grunde gelegt und hiezu einen Zuſchlag von je 4000 M. für den Morgen Ackerfeld, und zwar für mindeſtens 11 Morgen den Zuſchlag von 44 540 M. gemacht haben und ſo zu dem Kaufpreis von 80 000 M. gelangt ſeien. Denn daß die Parteien bei den Kaufsunterhandlungen den in den öffentlichen Büchern enthaltenen Brandverſicherungsanſchlag der Gebäulichkeiten gekannt haben, den Meßgehalt der Grundſtücke dagegen nicht, iſt umſoweniger glaubhaft, wenn für den Kläger dieſer Meßgehalt beim Kaufsabſchluſſe beſtimmend wirkte. Der Brandverſicherungsanſchlag der Gebäulichkeiten entſpricht auch dem Verkaufswerte derſelben, wie dem Kläger ſattſam bekannt ſein mußte, umſoweniger, je mehr die Gebäulichkeiten unverbrennbare Teile enthalten. Für den Verkehrswert kommt zudem insbeſondere in Betracht, daß es ſich um ein arrondiertes, in vorteilhaftem Betriebe ſtehendes Ziegeleianweſen handelte. Hätte der Kläger durch die Angaben des Beklagten über den Meßgehalt der Aecker ſich beſtimmen laſſen, als er dem Beklagten gegenüber ſich m ü n d l i c h bereit erklärte, das Anweſen um 80 000 M. zu

kaufen, und nicht vielmehr durch das Urteil, das er bei Besichtigung des Anwesens und auf Grund sonstigen eigenen Wissens sich über den Wert desselben gebildet hatte, wozu er als bisheriger technischer Aufseher in einem gleichartigen Geschäfte der Umgegend besondere Befähigung hatte, so hätte er dies wohl dem Beklagten gegenüber als Bedingung oder Voraussetzung, unter der er zu dem Preise von 80 000 M. sich herbeilasse, zum Ausdruck gebracht. Dies behauptet er aber nicht. Er gibt bloß an, daß in der von ihm behaupteten Weise der Beklagte sich über den Meßgehalt der Aecker ausgesprochen habe, ohne daß er irgendwie darlegt, daß er zu erkennen gegeben habe, er lege diesen Aeußerungen des Beklagten Bedeutung bei. Es ist ohnedies höchst auffällig, daß ein Fachmann, der über den Meßgehalt eines Anwesens, das er zu kaufen beabsichtigt, Gewißheit haben will, sich auf die Aeußerungen des Verkäufers verlassen und nicht vielmehr durch Einsicht der öffentlichen Bücher oder durch Abmessen oder wenigstens Abschreiten des Areales sich Ueberzeugung verschafft haben sollte. Der Kläger unterließ aber sogar, als die von dem Ratsschreiber aufgenommene Kaufsurkunde, in welcher die einzelnen Parzellen nach ihrem Metermaß und nicht nach Morgen oder Teilen von Morgen aufgeführt sind, vorgelesen wurde, sich irgendwie darüber zu erkundigen, wie viel die einzelnen Parzellen zusammen nach dem Metermaß, beziehungsweise nach dem Morgenmaß enthalten; und er unterzeichnete die Urkunde, obwohl dieselbe die Bestimmung enthält: „die Besitzübergabe — ohne Meßgarantie — erfolgt am 1. November 1888". Hätte der Kläger bei der Unterzeichnung des Eintrags im Kaufbuche, durch welche der Kauf zum Abschlusse kam, auf die Aeußerungen des Beklagten über den Meßgehalt der Aecker irgend noch Gewicht gelegt, so hätte er sicher nicht unterlassen, die Aufnahme der Bestimmung, daß der Verkäufer den Meßgehalt der Aecker auf mindestens 11 Morgen angegeben habe, zu beantragen, und er hätte nicht einer Vertragsbestimmung, durch welche ein Haften des Verkäufers für das Meß ausgeschlossen wurde, durch die Unterzeichnung der Urkunde zuge-

stimmt. Es wäre dolos, wenn der Kläger, obwohl er der in die Urkunde aufgenommenen, frühere entgegenstehende Zusagen des Beklagten aufhebenden Bedingung des Verkäufers, daß er für das Meß nicht garantiere, zustimmte, sich hiebei hätte vorbehalten wollen, hinterher geltend zu machen, daß er den Beklagten an seinen mündlichen Angaben, das Anwesen enthalte mindestens 11 Morgen Aecker, festhalten könne.

Auch das Verhalten des Klägers in der auf den Kaufsabschluß folgenden Zeit läßt sich mit der Annahme nicht vereinigen, daß er durch die mündlichen Angaben des Beklagten über den Meßgehalt der Aecker beim Vertragsabschlusse beeinflußt gewesen sei. Denn in diesem Falle hätte er sicher baldmöglichst nach dem Kaufsabschlusse Erhebungen darüber gemacht oder veranlaßt, welches die Morgenzahl der zu dem erkauften Anwesen gehörigen Aecker sei, und dies um so mehr, wenn er das Verhältnis des in der Vertragsurkunde angegebenen Metermaßes zu dem früheren württembergischen Maße nach Morgen nicht kannte. Zweifelssohne erhielt der Kläger eine Abschrift des Kaufvertrages; jedenfalls konnte er sich eine solche leicht verschaffen. Bei den Akten befindet sich sodann, allerdings vom Beklagten vorgelegt, die Abschrift einer Taxationsurkunde des Gemeinderats F. vom 16. Oktober 1888 und eine von dem Gemeinderat in C. am 1. November 1888 ausgestellte Taxationsurkunde über die auf der Markung C. gelegenen Bestandteile des Anwesens, welche Urkunden zweifellos auf den Antrag des Klägers ausgefertigt wurden. Aus diesen Urkunden war das Metermaß des Anwesens zu ersehen, und es konnte sodann der Meßgehalt nach Morgen leicht erhoben werden. Der Kläger hat aber weder vor der am 1. November 1888 erfolgten Uebergabe des Anwesens, noch in den nächstfolgenden Wochen die Morgenzahl des Anwesens berechnen lassen; sondern es ist erst aus Anlaß des von ihm im Dezember 1888 mit einem Dritten abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages durch diesen, nicht durch den Kläger die Morgenzahl erhoben worden. Dies zeigt, daß der Kläger damals selbst nicht davon ausging, er habe wegen des mangelnden Meßge-

haltes des erkauften Anwesens Ansprüche an den Beklagten, daß er vielmehr erst hinterher durch Dritte beeinflußt Ansprüche an den Beklagten zu struieren versucht. Hienach bedarf es des Beweiseinzugs über die behauptete Aeußerung nicht.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 31. Dezember 1889 in Sachen des Ziegeleibesitzers Gustav B. c. Jakob S.

21.

Bei der Frage, ob dem Käufer das Nichtkennen des Mangels des gekauften Gegenstands zur Schuld anzurechnen ist, ist der Maßstab des Sachverständigen anzulegen, wenn der Käufer Sachverständiger ist [1]).

Die beklagte Weingärtnergesellschaft hat dem Kläger einige Fässer abgekauft. Zuvor hat sie einen sachverständigen Küfer an dem Wohnorte des Klägers mit der Untersuchung der Fässer beauftragt. Dieser hat dieselben untersucht und abgesehen von kleineren Ausstellungen für gut erklärt, worauf der Kauf abgeschlossen wurde. Die Fässer haben sich als morsch erwiesen, und nach dem Gutachten von Sachverständigen hätte der Küfer diesen Mangel erkennen müssen. Die Beklagte wurde zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt.

Gründe.

Die beklagte Gesellschaft ist nicht berechtigt, auf Grund dieses Mangels die Aufhebung des Kaufvertrags zu verlangen, weil sie so zu behandeln ist, als habe sie den Mangel gekannt oder kennen müssen. Es ist außer Zweifel, daß, wenn eine mit Untersuchung des Kaufgegenstands oder mit Abschluß des Kaufs vom Käufer beauftragte Person die Mängel des Kaufsgegenstands gekannt oder nur infolge grober Nachlässigkeit nicht gekannt hat, diese Kenntnis oder die auf grober Nachlässigkeit

1) S. den Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. Motive II, S. 226 unten. l. 55 Dig. 21, 1; anderer Ansicht sind: Windscheid, Pand. II, § 393 N. 6; Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. § 273 N. 37/39; Hanausek, Haftung des Verk. I, S. 85 zu Note 6.

beruhende Unkenntnis dem Käufer zuzurechnen ist. So liegt aber im gegenwärtigen Fall die Sache.

Wenn auch im allgemeinen bei Prüfung der Frage, ob der Käufer einen Mangel des Kaufsgegenstands bemerken mußte, der Maßstab des gewöhnlichen Mannes, nicht des Kenners anzulegen ist, so verhält es sich doch anders, wenn der Käufer Sachverständiger ist, oder, wie im vorliegenden Fall, einen Sachverständigen mit der Untersuchung der Ware beauftragt hat. Der Zweck eines solchen Auftrags ist ja gerade der, sich auf Grund sachkundiger Prüfung ein sicheres Urteil über die Beschaffenheit und den Wert der Sache zu verschaffen. Der beauftragte Sachverständige ist daher verpflichtet, die Ware genau und sorgfältig unter Anwendung der ihm zustehenden Sachkunde zu untersuchen, ein Zuwiderhandeln gegen diese Verpflichtung würde sich als grobe Nachlässigkeit darstellen.

Es unterliegt nun aber keinem Zweifel, daß der Küfer N. bei Anwendung der pflichtmäßigen Sorgfalt in Untersuchung der Fässer den Mangel des Morschseins des Holzes wahrnehmen mußte, und daß, wenn der Mangel nicht wahrgenommen wurde, die Schuld daran liegt, daß die Fässer nicht pünktlich untersucht worden sind.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 27. September 1889 in Sachen des Weingärtners Dischinger c. die Weingärtnergesellschaft Untertürkheim.

22.

Anspruch auf sogenannte Platzspesen.

Der Kläger war bei dem Beklagten gegen ein Salair von 1200 M. und Vergütung der Reisekosten als Reisender angestellt.

Der Beklagte hat demselben am 2. Oktober auf den 31. Dezember gekündigt und den Gehalt bis dahin gezahlt. Vom 2. Oktober an wurde der Kläger von dem Beklagten nicht mehr auf Reisen geschickt, weil, wie letzterer behauptet, damals bei Reisen für Sprit nichts verdient worden sei. Der Kläger ver-

langt deshalb auf die gedachte Zeit für den Tag 4 M. Platzspesen, d. h. Ersatz für die entgangenen Reisespesen.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe.

Daraus, daß der Kläger als Reisender gegen ein Salair von 1200 M. und Vergütung der Reisekosten vom Beklagten angestellt war, kann nicht abgeleitet werden, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger auch für diejenige Zeit Reisespesen, beziehungsweise Platzspesen zu bezahlen, in welcher der Kläger keine Reisen gemacht hat. Denn die Reisespesen sind ihrer Natur nach nichts anderes, als eine Vergütung des Aufwands, welchen der Reisende auf der Reise zu machen hat; dieser Aufwand fällt weg, solange der Reisende keine Reisen macht, und eben damit der Anspruch auf Vergütung von Reisespesen. Nun ist zwar in den Reisespesen auch der Aufwand für Wohnung und Verköstigung begriffen, und es mag deshalb für den Reisenden erwünschter und pekuniär vorteilhafter sein, möglichst viel auf Reisen zu sein; allein ein rechtlicher Anspruch auf Gewährung dieses Teils der Reisespesen, der sogenannten Platzspesen, würde dem Reisenden nur dann zustehen, wenn er ein Recht darauf hätte, Reisen zu machen. Durch den Dienstvertrag erwirbt aber der Reisende nicht das Recht, während seiner Dienstzeit auf Reisen geschickt zu werden, sondern das ihm vertragsmäßig zustehende Recht besteht in dem Anspruch auf das vertragsmäßige Honorar und Vergütung der Reiseauslagen. Dagegen wird der Reisende durch den Dienstvertrag verpflichtet, für den Prinzipal die ihm aufgetragenen Reisen zu machen, und es steht in dem Ermessen des Prinzipals, zu bestimmen, ob und welche Reisen gemacht werden sollen, wie auch der Kläger selbst nicht bestreitet. Aus seiner Anstellung als Reisender gegen ein Salair von 1200 M. und Vergütung der Reisekosten kann daher der Kläger nur ein vertragsmäßiges Recht darauf ableiten, daß ihm das versprochene Salair und die während der Dauer seiner Reisen erwachsenen Reisespesen vergütet werden.

Die Behauptung des Klägers, daß die Vergütung von so-

genannten Platzſpeſen in Württemberg auch ohne beſondere Vereinbarung hierüber allgemein üblich ſei, wenigſtens dann, wenn dem Reiſenden ohne ſein Verſchulden auf längere Zeit die Möglichkeit entzogen werde, Reiſeſpeſen zu verdienen, iſt durch das Gutachten des vom Kläger ſelbſt benannten und in der vorigen Inſtanz vernommenen Sachverſtändigen widerlegt. Der Kläger hat zwar in dieſer Inſtanz behauptet, daß verſchiedene württembergiſche Firmen ſogenannte Platzſpeſen auch ohne beſondere Verabredung gewähren, wenn der Reiſende aus irgend einem Grunde ſich nicht auf der Reiſe befinde, und geltend gemacht, daß das in erſter Inſtanz abgegebene Gutachten für den vorliegenden Streit nicht maßgebend ſein könne, weil es ſich im vorliegenden Falle nicht bloß um eine kurze Unterbrechung der Reiſen handle. Allein wenn es auch richtig wäre, daß einzelne Firmen in Württemberg ſtets dann ſogenannte Platzſpeſen vergüten, wenn und ſolange der Reiſende ſich nicht auf Reiſen befindet, ſo würde hieraus nicht folgen, daß dies in Württemberg allgemein üblich und deswegen auch der Beklagte verpflichtet iſt, Platzſpeſen zu bezahlen.

Ebenſowenig kann daraus, daß der Kläger nicht bloß kurze Zeit, ſondern 102 Tage lang keine Reiſen machen durfte, entnommen werden, daß das Gutachten des in der vorigen Inſtanz vernommenen Sachverſtändigen für den vorliegenden Fall nicht maßgebend iſt. Denn der Sachverſtändige hat ſich ganz allgemein und ohne eine Beſchränkung auf kürzere Unterbrechungen der Reiſen dahin ausgeſprochen, daß die Gewährung von ſogenannten Platzſpeſen ohne ausdrückliche Vereinbarung in Württemberg nicht handelsüblich ſei. Es lag hiernach kein Grund vor, an der Richtigkeit des in erſter Inſtanz eingezogenen Gutachtens zu zweifeln.

Der Kläger hat ſodann in erſter Inſtanz noch weiter behauptet, es ſei bei der Anſtellung des Klägers ausdrücklich bedungen worden, daß derſelbe das ganze Jahr über auf Reiſen ſein werde, und nur mit Rückſicht auf dieſe Zuſage habe er ſich mit dem offerierten Fixum begnügt. Allein wenn auch die Beſprechung zwiſchen den Partieen, auf welche der Kläger

diese Behauptung gründet, so, wie der Kläger behauptet, stattgefunden hätte, so könnte hieraus nicht entnommen werden, daß der Dienstvertrag unter der Bedingung abgeschlossen worden und daß dem Kläger ein vertragsmäßiges Recht darauf zugesagt worden ist, daß er das ganze Jahr über reisen dürfe. Denn damit, daß der Beklagte auf die Frage des Klägers, wie lange er draußen sei, erwiderte, Kläger habe das ganze Jahr zu thun, im Sommer werde Preßhefe, im Winter Branntwein verkauft, hat der Beklagte sich nur über seinen regelmäßigen Geschäftsbetrieb geäußert, und es wurde damit dem Kläger in Aussicht gestellt, daß er im Sommer und im Winter zu reisen habe. Wenn sodann der Kläger hierauf äußerte: „dann will ich mich mit 1200 M. begnügen", so ist zwar hieraus zu entnehmen, daß die dem Kläger eröffnete Aussicht auf die Reisen im Sommer und Winter auf seinen Entschluß zu Eingehung des Vertrags als Motiv mitwirkte, es kann aber hieraus nicht entnommen werden, daß dem Kläger ein vertragsmäßiges Recht darauf eingeräumt und zugesagt werden wollte, daß er das ganze Jahr über Reisen zu machen habe. Es erscheint daher auch der dem Beklagten über diese Besprechung zugeschobene und an den Kläger zurückgeschobene Eid als unerheblich.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts v. 21. März 1889 in Sachen Keidel c. Riedlinger.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

1.

§ 76 d. Geb.-Ord. f. R.-Anwälte.

Beschluß des Strafsen. vom 9. April 1890 in U.S. gegen P. M. von M. wegen Diebstahls und Verbrechens wider die Sittlichkeit. (Num. 49/90.)

Der zum Verteidiger bestellte Rechtsanwalt beanspruchte in seiner Gebührenrechnung den Ersatz von Auslagen für die

Anfertigung von Abschriften der Anklageschrift und einiger Aktenstücke der Voruntersuchung (Protokolle über Vernehmungen und Augenscheinseinnahme; ärztliches Gutachten). Die Strafkammer des Landgerichts St. lehnte diesen Anspruch mit der Begründung ab, daß derselbe als in der Verteidigungsgebühr eingeschlossen erscheine. Hiegegen wurde Beschwerde erhoben. — Die Strafsache bot keine Schwierigkeiten. Die Beschwerde wurde in der Erwägung verworfen, daß nach der Beschaffenheit des vorliegenden Straffalls die verrechneten Schreibgebühren als für die zweckdienliche Verteidigung notwendige oder nützliche Auslagen nicht anzusehen seien [1]).

2.

Muß eine polizeiliche Strafverfügung bekannt gemacht sein, um die Verjährung zu unterbrechen? St.P.O. § 453. Abs. 4. Urt. v. 9. Juli 1890 gegen A. K. von H. wegen einer Uebertretung im Sinne des § 370 Ziff. 1 des St.G.B. (Num. 67/90.)

Der Angeklagte hatte gegen die von dem K. Forstamte E. wider ihn nach § 370 Ziff. 1 des St.G.B. erlassene Strafverfügung den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt; er war nun in erster Instanz gemäß jener strafrechtlichen Bestimmung verurteilt und seine Berufung ist durch Urteil der Strafkammer des L.G.E. vom 26. April 1890 verworfen worden. Auf seine Revision wurde aus folgenden Gründen das Berufungsurteil aufgehoben und das Verfahren unter Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse eingestellt:

1) In der Strafsache gegen J. K. von E. wegen versuchten Todtschlags erklärte der Strafsenat eine derartige Anrechnung des bestellten Verteidigers für statthaft (Beschluß vom 6. Sept. 1882), indem er erwog, daß Abschriftsgebühren zu den in diesem Paragraphen erwähnten Auslagen gehören, welche, wie aus der Entstehungsgeschichte desselben sich ergebe, nicht nur im Fall ihrer Notwendigkeit, sondern auch im Falle ihrer Nützlichkeit dem Verteidiger zu ersetzen seien, und daß in concr. der Verteidiger nach Lage der Sache gegründete Ursache gehabt habe, die Fertigung der fraglichen Abschrift als für die Verteidigung nützlich anzusehen. A. d. E.

Die Revision wird darauf gestützt, daß der vorige Richter unter Verletzung der Bestimmungen des § 453 der St.P.O. angenommen habe, daß durch die von der Forstpolizeibehörde beschlossene Strafverfügung die Verjährung der in Frage stehenden strafbaren Handlung unterbrochen worden, obgleich bei Eröffnung jener Verfügung an den Angeklagten die im vorliegenden Fall anwendbare Verjährungsfrist von drei Monaten bereits abgelaufen gewesen sei. Da die die Unterbrechung der Verjährung betreffende Bestimmung des § 453 materielles Recht enthält und mit der Rüge des Beschwerdeführers auch Verletzung des § 68 des St.G.B. geltend gemacht ist, so unterlag die Beschwerde unbedenklich der Prüfung in materiell rechtlicher Richtung; sie war für begründet zu erachten.

Zufolge der Feststellungen des vorigen Richters ist anzunehmen, daß die angeklagte Uebertretung gegen § 370 Ziff. 1 des St.G.B. am 11. November 1889 begangen worden, und aus den Akten ergibt sich, daß das K. Forstamt zu E. die wegen dieser Uebertretung erlassene polizeiliche Strafverfügung am 8. Febr. 1890 beschlossen hat, dieselbe auch am gleichen Tage zu den Akten abgefaßt und am 13. Febr. 1890 dem Angeklagten zugestellt worden ist. Den schon in der Vorinstanz von der Verteidigung erhobenen Einwand der Unzulässigkeit der Strafverfolgung wegen eingetretener Verjährung hat der Vorrichter zurückgewiesen, im wesentlichen mit der Begründung, daß, um die Verjährung zu unterbrechen, nicht die Zustellung oder Eröffnung der polizeilichen Strafverfügung an denjenigen, gegen welchen sie erlassen, erforderlich sei, sondern daß die genannte Wirkung wie bei einer richterlichen Handlung eintrete, sobald diese geschehen, also sobald die Strafverfügung von der zuständigen Behörde erlassen sei, daher im vorliegenden Falle, wo die Strafverfügung am 8. Febr. 1890 erlassen worden, die dreimonatliche Frist als gewahrt erscheine.

Diese Begründung beruhte auf einer irrigen Auffassung des § 68 Abs. 1 des St.G.B. Nach § 453 Abs. 4 der St.P.O. wirkt die Strafverfügung der Polizeibehörde in Betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung.

Aus dieser Gleichstellung der Strafverfügung mit einer richterlichen Handlung folgt, daß für jene die Bestimmungen des § 68 des St.G.B. maßgebend sind. Hienach muß die Strafverfügung, um die Verjährung zu unterbrechen, gemäß Abs. 1 wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet sein. Eine solche Richtung gegen den Thäter liegt aber nur vor, dafern die Strafverfügung, die, solange sie blos zu den Akten abgefaßt und nicht eröffnet ist, nur als ein innerer Vorgang sich darstellt, nach außen in die Erscheinung und in Wirksamkeit tritt. Um diesem Erfordernis zu entsprechen, bedurfte es im vorliegenden Falle der Bekanntmachung der von dem K. Forstamte beschlossenen Strafverfügung, und da dieselbe dem Angeklagten erst zugestellt wurde, nachdem die Verjährungsfrist von drei Monaten bereits abgelaufen war, so mußte die Strafverfolgung als durch Verjährung ausgeschlossen erachtet werden. Das angefochtene Urteil war demnach aufzuheben und gemäß § 394 der St.P.O. in der Sache selbst dahin zu entscheiden, daß das Verfahren einzustellen sei, wobei die Verfügung im Kostenpunkt sich von selbst ergab.

3.

Unstatthaftigkeit von Beschwerden gegen die Begründung eines Beschlusses.
Umfang des durch § 209 der St.P.O. gewährten Beschwerderechts.

Wiederholt sind von dem Strafsenat Beschwerden Angeschuldigter, die wider die Begründung der auf § 51 des St.G.B. sich stützenden Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens gegen dieselben gerichtet waren, als unstatthaft verworfen worden, so am 16. Juni 1886 in der Strafsache gegen S.; am 29. Dez. 1890 in der Strafsache gegen B. G. wegen Beleidigung. In dem ersteren Beschlusse wurde u. a. gesagt: Rechtsmittel seien nur gegen gerichtliche Entscheidungen gegeben (St.P.O. § 338), Beschwerden insbesondere nur gegen Beschlüsse der Gerichte zulässig (St.P.O. § 346). Da die

Beschwerde aber sage, daß sie, wenn sie gegen „den Beschluß im ganzen" zu richten wäre, gegen „diesen überhaupt" gerichtet sein solle, so sei noch zu prüfen, ob Anfechtung eines Beschlusses, wie der vorliegende (den Beschwerdeführer außer Verfolgung setzende), seitens des Angeschuldigten zulässig sei. Nun werde aber durch § 209 der St.P.O. die Befugnis zum Gebrauch eines Rechtsmittels gegen Entscheidungen über Eröffnung des Hauptverfahrens erschöpfend geregelt; zu vergleichen auch Motive zur St.P.O. Entw. § 173 und dessen Ueberschrift. Da nun § 209 dem Angeschuldigten ein Beschwerderecht gegen den ihn außer Verfolgung setzenden Beschluß nicht zuspreche, so komme ihm auch ein solches nicht zu. Ueberhaupt werden nach dem die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsmittel beherrschenden Grundsatz des Strafprozesses Rechtsmittel Prozeßbeteiligten nur gegen solche Entscheidungen verliehen, durch welche sie in einem ihnen als solchen zustehenden Rechte sich verletzt fühlen, somit nicht gegen eine Entscheidung, wie die vorliegende, welche den Ausspruch enthalte, daß ein Strafanspruch des Staats gegen den betreffenden Angeschuldigten nicht bestehe, weil diesem eine strafrechtliche Schuld nicht zur Last gelegt werden könne.

4.

Der Thatbestand der Uebertretung im Sinne des Art. 17 Ziff. 4 des Landesgesetzes, betreffend die Regelung der Jagd, vom 27. Oktober 1855.

Urt. v. 15. Janr. 1890 gegen J. O. von B. (U. 376/89) [1]).

Der vorige Richter hatte den Angeklagten verurteilt, indem er feststellte: der im Besitz einer Jagdkarte befindliche Angeklagte sei auf seinem Jagdgebiet auf dem Anstand ge-

1) Nach Art. 17 cit. in Verb. mit Art. 39 Ziff. 1 des Pol.St.Ges. v. 27. Dez. 1871 wird bestraft „wer die Vorzeigung der Jagdkarte und „bei sich ergebenden Anständen deren Abgabe an die mit der Handhabung „dieser Vorschriften beauftragten öffentlichen Diener verweigert".

weſen, als der in dieſem Gebiete mit Handhabung der Jagdvorſchriften beauftragte Forſtwächter L. von D. zu ihm hingegangen ſei und ihn aufgefordert habe, ſeine Jagdkarte zu zeigen; der Angeklagte habe dies aber trotz wiederholter Aufforderung verweigert, worauf L. ſich entfernt habe; als L. in einiger Entfernung geweſen, habe ihm der Angeklagte, etwas in die Höhe haltend, nachgerufen: ſehen dürfe er es, aber leſen könne er es in D., L. ſei aber mit den Worten: das habe er nicht nötig, weitergegangen. Hiebei wurde erwogen: das Geſetz ſchreibe ein Vorzeigen der Jagdkarte zum Durchleſen vor, ein ſolches liege aber in dem Nachruf nicht; das Schutzvorbringen des Angeklagten: daß die Abforderung einer Jagdkarte auf dem Anſtande bloß eine abſichtliche Störung des Anſtandes, eine Chikane geweſen ſei und der Angeklagte ſolcher nicht nachzukommen gehabt habe, ſei abgeſehen von der Unerwieſenheit einer Chikane nicht zu beachten, weil das Geſetz keine ſolche Ausnahme, überhaupt keine Unterſcheidung kenne. — Die Reviſion des Angeklagten wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Die Reviſion wird auf Verletzung des materiellen Rechtes geſtützt, ſie iſt unbegründet.

Objektiv liegt der Thatbeſtand der angeklagten Uebertretung in den von der Strafkammer feſtgeſtellten Handlungen unbedenklich vor, und es kann insbeſondere von Rechtsirrtum nicht die Rede ſein, wenn die Strafkammer davon ausging, daß unter der durch Art. 17 Ziff. 4 des fraglichen Geſetzes vorgeſchriebenen Vorzeigung der Jagdkarte ein Vorzeigen zum Durchleſen zu verſtehen ſei. Was hingegen die ſubjektiven Momente der angeſchuldigten That betrifft, ſo war das in den Urteilsgründen erwähnte Schutzvorbringen des Angeklagten dahin aufzufaſſen, daß er ſich, weil die Abforderung der Jagdkarte eine Chikane geweſen, zur Verweigerung der Vorzeigung für berechtigt gehalten habe. Sofern der Angeklagte hienach in gutem Glauben gehandelt haben will, wird ſein Einwand durch die wenn auch objektiv zutreffende Erwägung der Strafkammer, daß das Geſetz keine Ausnahme, über-

haupt keine Unterscheidung kenne, allerdings nicht beseitigt. Allein das Gericht konnte, ohne das Gesetz zu verletzen, jenen Einwand als rechtlich unerheblich unberücksichtigt lassen. Denn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des Handelns ist kein Thatbestandsmerkmal der erwähnten Strafbestimmung, für deren Anwendung in subjektiver Hinsicht mehr nicht erforderlich war, als daß der Angeklagte das Bewußtsein von den zum gesetzlichen Thatbestand gehörigen Umständen hatte. Diese Umstände sind dem Angeklagten, was aus seinem Schutzvorbringen hervorgeht und deshalb besonderer Feststellung nicht bedurfte, bekannt gewesen; und wenn er gleichwohl sich zur Verweigerung der Vorzeigung der Jagdkarte für berechtigt gehalten hat, so hat er nicht in Beziehung auf Thatumstände (§ 59 d. St.G.B.), sondern in der Auslegung des Strafgesetzes geirrt, welcher Irrtum nach bekannten Rechtsgrundsätzen einflußlos ist.

5.

Vorsätzliche Körperverletzung: Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns.

Urt. v. 15. Jan. 1890 gegen J. G. von B. (U. 379/89.)

Nach den Feststellungen des angefochtenen Berufungsurteils hat der Angeklagte, ein Gastwirt, am 27. Jan. 1889 in seiner Wirtschaft zu B., in welcher es zu Streitigkeiten zwischen Gästen gekommen war, vorsätzlich und rechtswidrig einen derselben, den E. S. von B., dadurch körperlich mißhandelt und an der Gesundheit beschädigt, daß er ihm mit einem Holzscheitchen mehrere Streiche auf den Hinterkopf versetzte, so daß er blutete; das Berufungsgericht nahm an, der Angeklagte habe nicht in Ausübung seines Hausrechts und auch nicht in Selbstverteidigung gehandelt. Auf die Revision des Angeklagten erfolgte Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Dagegen entbehrt die Annahme, daß der Angeklagte r e c h t s w i d r i g gehandelt habe, einer thatsächlichen Grundlage, welche auf zutreffende rechtliche Erwägungen hinweisen würde. Eine

solche Grundlage bildet weder der Ausspruch, daß der Angeklagte nicht in Ausübung seines Hausrechts, noch der, daß er nicht in Selbstverteidigung gehandelt habe. Denn der erstere Ausspruch enthält überhaupt eine thatsächliche Feststellung nicht, sondern ist lediglich eine andere Wendung für den Begriff „rechtswidrig", wobei nicht ersichtlich ist, welches der durch das Hausrecht geschützten Interessen der Vorrichter im Auge hat, und zudem nicht, ob damit gemeint ist, daß die Berechtigung des Angeklagten zu seiner Handlung nicht aus dem Hausrecht folge, oder: daß die Handlung nicht zur Wahrung jenes Rechts bestimmt gewesen sei. Anbelangend sodann den Ausspruch, daß der Angeklagte nicht in Selbstverteidigung gehandelt habe, so ist zunächst nicht ersichtlich, ob überhaupt ein auf den Angeklagten, nicht ein auf eine andere Person gemachter Angriff in Frage war. Aber auch für jenen Fall genügt eine solche Feststellung nicht, denn sie läßt nicht erkennen, ob der Vorrichter bloß sagen will, der Angeklagte sei in Wirklichkeit einem Angriffe nicht ausgesetzt gewesen, oder ob auch das verneint ist, daß er durch seine Handlung einen von ihm befürchteten Angriff im Sinne des § 53 des St.G.B. abzuwehren beabsichtigt habe. Hat nämlich, wie aus den Feststellungen zu schließen ist, der Angeklagte geltend gemacht, daß sein Handeln der Abwehr eines solchen Angriffs gegolten habe, so wäre ein wissentlich rechtswidriges Handeln desselben ausgeschlossen, wenn er der irrigen Meinung gewesen wäre, im Zustande der Notwehr zu handeln.

6.

Art. 7 Ziff. 3 des W. Polizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871. Art. v. 2. Juni 1886 gegen H. L. von B. (M. 119/86) [1]).

Das von der Revision des Angeklagten angefochtene Berufungsurteil der Strafkammer des Landgerichts R. v. 30. März

1) Der Herr Einsender der Abhandlung über Art. 7 Ziff. 3 des Pol.St.G. in der gegenwärtigen Lieferung der Jahrbücher (S. 107 ff.) betont mit Recht das Bedürfnis der Erörterung von Fragen aus dem Lan-

1886 hatte den Angeklagten, einen Lotteriekollekteur, wegen zweier Uebertretungen im Sinn des Art. 7 Ziff. 3 des P.St.G.

---

desstrafrecht und hebt dabei den Mangel an Zugänglichkeit hierüber ergangener gerichtlicher Entscheidungen hervor. Bei dem Interesse, das die erörterte Frage bietet, soll hier eine frühere Entscheidung des Oberlandesgerichts (welchem seit längerer Zeit eine, diesen Gegenstand betreffende Strafsache zur Entscheidung nicht mehr vorlag) Aufnahme finden. Dabei mag Folgendes bemerkt werden: Für die Auslegung der gedachten gesetzlichen Bestimmungen (P.St.G. Art. 7 Z. 3) geben die Materialien wenig an die Hand. — Das frühere württemb. Polizei-St.Ges. vom 2. Oktober 1839 befaßte sich in Art. 81—83 mit „verbotenen Spielen" und bedrohte mit Strafe u. And. in Art. 82 Abs. 1 die gewerbsmäßige Eröffnung eines Hazardspiels (den Unternehmer, Bankhalter), in Abs. 2 daselbst diejenigen, welche dem Spielunternehmer als Gehilfen oder durch Einräumung des Spiellokals Dienste leisten, und bestimmt in seinem letzten Abs. (4) das.: „Die Bestimmungen des zweiten Absatzes gelten „auch den Kollektanten für ausländische Güter- und Klassen-Lotterien, für „Zahlenlotto und ähnliche, auf den bloßen Glücksfall ausgesetzte Spiel-„unternehmungen"; Art. 83 Abs. 1 Ziff. 3 erklärte als straflos den Betrieb einer Lotterie oder ähnlichen Unternehmung, zu welcher von der zuständigen inländischen Behörde die Erlaubnis erteilt worden. Was nun das gegenwärtig geltende Recht (P.St.G. v. 27. Dez. 1871 Art. 7 Ziff. 3) anbelangt, so hat der Entwurf (Art. 6 Ziff. 3) eine mit dem Gesetz gleichlautende Fassung. Die Motive sagen unter Bezugnahme auf Art. 82 letzt. Abs. des P.St.G. vom 2. Okt. 1839: „Dagegen" (nämlich im Gegensatz zu anderen, vorliegend nicht in Betracht kommenden, von der neueren Gesetzgebung nicht aufrecht erhaltenen Bestimmungen des früheren Landesrechts) „scheint es gerechtfertigt zu sein, „eine Strafbestimmung wegen Verschlusses von Losen auswärtiger, in „Württemberg nicht genehmigter Lotterien beizubehalten, da in diesem „Fall gegen denjenigen, der die Lotterie im Ausland veranstaltet, nicht „eingeschritten werden kann." Folgt sodann noch die Bemerkung, daß aus den Motiven zu § 280 (soll heißen: 281) des Entw. des R.St.G.B. (Ges. § 286) die Zulässigkeit der Bestimmung sich ergebe. (Verh. d. Kamm. d. Abg. v. 1870—72, I. Beil.-Band, I. Abt. S. 331.) Der Bericht der Just.G.Gb.-Kommission der II. Kammer sagt nur: „Gegen diese Bestimmung ist nichts zu erinnern". Dabei weist er auf den an der gedachten Stelle der Motive zum R St.G. enthaltenen Satz: „Die Vorschriften über „das Spielen in ausländischen Lotterien und das Kollektieren für die-„selben werden durch § 281 nicht berührt" hin, wonach es in dieser Beziehung bei der Landesgesetzgebung verbleibe, und beantragt Zustimmung zu dem Entwurf (l. cit. S. 500). Der Artikel gelangte in der II. Kammer

zu Strafe verurteilt. Nach den Feststellungen dieses Urteils hatte der Angeklagte von Bremen aus zwei zu H. in Württemberg wohnenden Personen unter besonderen Adressen je einen Plan der 289. Hamburger Stadtlotterie, obwohl er wußte, daß dieser Lotterie in Württemberg die erforderliche Genehmigung der zuständigen Behörde nicht erteilt worden war, unter Anerbietung von Losen durch die Post zugeschickt. Die Absendung war an einem Tag erfolgt, an den einen Adressaten direkt nach H., an die andere, nach der Meinung des Angeklagten in S. wohnende Person unter Adressierung nach S., von wo aus diese Sendung nach H. kam.

Die Revision machte geltend, daß rechtsirrtümliche Verurteilung wegen zweier, statt nur wegen eines Deliktes erfolgt sei, und führte aus: Die fraglichen Handlungen haben große Aehnlichkeit mit den in § 148 in Verbindung mit §§ 56, 56 b c. der Gewerbeordnung bedrohten Uebertretungen; wie man hier das Feilbieten an eine Mehrzahl von Personen, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, als ein einziges fortgesetztes Vergehen behandeln werde, so müsse man auch das Feilhalten von Losen an mehrere Personen (P.St.G. Art. 7 Ziff. 3) als nur ein Delikt verurteilen, wenn nicht etwa für die Annahme mehrerer Entschlüsse besondere Momente vorhanden seien. Daß dies der Sinn des Polizeistrafgesetzes l. cit. sei, folge aus dem daselbst in der Mehrzahl gebrauchten Worte „Lose", sowie aus dem von diesem Gesetz gleichfalls gebrauchten Worte „feilhält", bei welch letzterem in erster Linie an ein Offert an eine Mehrheit von Personen gedacht werde; ob dieses Offert schriftlich oder mündlich erfolgt, sei gleichgiltig. Die Revision wurde verworfen, indem erwogen wurde: Abgesehen davon, daß der Vorderrichter festgestellt hat, der An-

---

ohne Debatte zur Annahme (Sitzung vom 18. Dez. 1871, II. Prot.-Band S. 703). Der Kommiss.-Bericht der I. Kammer beschränkt sich auf die Bemerkung, daß die fragliche Bestimmung nicht beanstandet werde; auch in dieser Kammer erfolgte die Annahme ohne Debatte. (Verh. der I. Kamm. v. 1870—82, I. Beil.-Band S. 157; Sitz. der I. Kamm. vom 2 Dez. 1871, I. Prot.-Band S. 203).

geklagte habe durch jede von beiden Sendungen Lose angeboten, kann zunächst aus dem Gebrauch dieses Wortes im Gesetz (Art. 7 Ziff. 3 cit.) im Hinblick auf die Natur der Sache und den von dem Gesetz auch sonst eingehaltenen Sprachgebrauch lediglich nichts für die geltend gemachte Gesetzesauslegung gefolgert werden (zu vergleichen z. B. die übrigen in Art. 7 desselben Gesetzes enthaltenen Bestimmungen). Was ferner die Revision aus dem Ausdruck „feilhält" folgert, ist schon im Hinblick auf den ein Anerbieten an andere nicht erfordernden Begriff des Feilhaltens überall nicht zutreffend. Ebensowenig erscheint es gerechtfertigt, eine Bestimmung, wie die in Frage stehende, und Strafbestimmungen in Beziehung auf „Gewerbebetrieb im Umherziehen" in der fraglichen Richtung einander gleichzustellen. Es fragt sich vielmehr nur, ob der Vorderrichter dadurch, daß er zwei selbständige, strafbare Handlungen als vorhanden angenommen, die Rechtsgrundsätze über die Strafzumessung bei dem Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen verletzt hat. Dies ist zu verneinen, denn er konnte, ohne rechtlich zu irren, daraus, daß der Angeklagte die betreffenden Verkaufsanerbietungen je unter besonderer Adresse an verschiedene Personen verschickt, auch hiebei von der Annahme verschiedener Wohnorte derselben ausgegangen, den Schluß ziehen, daß die mehreren Anerbietungen nicht Ausfluß eines rechtswidrigen Vorsatzes seien und daher nicht ein einheitliches Handeln vorliege.

7.

Notwendige Auslagen des Nebenklägers. St.P.O. §§ 437, 496, 503. Beschl. vom 22. April 1891 in der Straff. gegen A. W. von R. wegen Beleidigung. (R. 113/91.)

M. von R. hatte, nachdem mehrere ihn beleidigende, anonyme, an verschiedenen Stellen in seinem Wohnort R. niedergelegte Briefe aufgefunden worden waren, einige Wochen hindurch, während einiger Stunden bei Nacht, durch einen von ihm Beauftragten Wache halten lassen, was zur Entdeckung

des bis dahin unbekannten Thäters führte. Darauf brachte M. bei der Staatsanwaltſchaft den Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage wegen Beleidigung an; die Staatsanwaltſchaft entſprach dem Antrag und nun erklärte M. ſeinen Anſchluß an die erhobene öffentliche Klage als Nebenkläger. Die Strafkammer des Landgerichts R. beſchloß die Eröffnung des Hauptverfahrens und ſprach die Zulaſſung der Nebenklage aus. Der Angeklagte wurde durch rechtskräftiges Urteil der Strafkammer wegen Beleidigung zu Strafe und zur Erſtattung der dem Nebenkläger notwendigen Auslagen verurteilt. Der Nebenkläger forderte hierauf von dem Verurteilten Erſatz ſeiner Auslagen für die von ihm aufgeſtellte Wache. Die Forderung wurde beſtritten und die Strafkammer wies durch Entſcheidung vom 4. März d. J. den Anſpruch mit der Begründung zurück, daß die fraglichen Koſten dem Nebenkläger nicht in ſeiner Eigenſchaft als Nebenkläger erwachſen und überdies nicht notwendige Auslagen ſeien, da kein Grund vorliege, wonach der Nebenkläger die Nachforſchung durch die von ihm hiezu aufgeſtellte Perſon ſtatt durch die gewöhnlichen Polizeiorgane hätte anſtellen müſſen. Die vom Nebenkläger erhobene Beſchwerde machte geltend, die Auslage ſei zur Vorbereitung der Nebenklage notwendig geweſen, letztere wäre ohne den durch das Wacheſtehen erzielten Erfolg unmöglich, Polizeiorgane wären ohne Zweifel nicht zu haben geweſen. Der Straſſenat verwarf die Beſchwerde aus folgenden Gründen:

„Der fragliche Aufwand, welcher zunächſt dem darauf von dem Beleidigten bei der Staatsanwaltſchaft mit Erfolg angebrachten Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage dienlich zu ſein beſtimmt war, iſt nicht nur nicht Folge der Ausübung eines der dem Nebenkläger geſetzlich zuſtehenden Rechte, ſondern auch nicht als eine zur Vorbereitung der Nebenklage gemachte Auslage anzuſehen. Denn davon abgeſehen, daß ein Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage an ſich von der Möglichkeit der ſpäteren prozeſſualen Parteiſtellung des Antragſtellers als Nebenklägers nicht abhängt, kommt in Betracht, daß die durch den vorliegend gemachten Aufwand veranlaßte, in der Nach-

forschung nach dem Thäter bestehende Thätigkeit zufolge der klaren Bestimmungen der Strafprozeßordnung (Buch II, Abschn. II: Ueberschrift und §§ 156 ff.) in den Kreis der zur Vorbereitung der öffentlichen Klage dienenden, von dem Gesetz staatlichen Organen zugewiesenen Berufshandlungen fällt. Es kann also, wenn auch die Erfolge der Nachforschungen eines von sich aus in das Ermittlungsverfahren eingreifenden Verletzten mittelbar der von der vorgängigen Erhebung der öffentlichen Klage abhängigen Nebenklage zu gut kommen, doch davon keine Rede sein, derartige Nachforschungen als Vorbereitung der Nebenklage anzusehen.

II.

Zur Lehre von der zeitlichen Trennung der Ehe (Toleramus) nach dem protestantischen Eherechte Württembergs.

Von

Herrn Landgerichtsrat Lämmert in Ulm.

Zeitliche Trennung von Tisch und Bett ist nach dem gemeinen protestantischen Kirchenrecht in seiner heutigen Entwicklung überall da zulässig, wo die sittlichen Grundlagen einer Ehe in dem Maße erschüttert sind, daß dem unschuldigen Ehegatten wenigstens zur Zeit die Fortsetzung des ehelichen Lebens nicht angesonnen werden kann [1]). Aufgabe dieser Erörterung ist es, darzulegen, daß unser partikuläres Eherecht, welches in diesem Punkte auf Teil 2 cap. X. der Ehegerichtsordnung v. 1687, beruht, sich mit diesem Inhalte des gemeinen Rechtes — von dem Erfordernisse des „praesentissimum periculum“ natürlich abgesehen, welches eine weitere spezielle Voraussetzung der zeitlichen Trennung nach unserem Rechte ist — im wesentlichen deckt, und es richtet diese Erörterung somit ihre Spitze vornehmlich gegen diejenige Ansicht, welche die zeitliche Trennung

1) Siehe die B. 43 Nr. 27 und B. 38 Nr. 33 von Seuffert's Archiv mitgeteilten Reichsgerichtsentscheidungen und die dort angeführte Litteratur.

auf den Fall der Sävitien einschränken will und die insbesondere von Hauber in seinem württembergischen Eherechte [1]) und in noch rigoroserer Formulierung von einem ungenannten Einsender eines im Württemb. Gerichtsbl. B. 11 S. 322 f. enthaltenen Artikels vertreten wird, auch der Anschauung unserer Praktiker vielfach zu Grunde liegt; sie kehrt sich aber auch gegen diejenigen Darstellungen [2]), welche zwar weiter gehen, es aber bei einer kasuistischen Aufzählung einzelner Umstände bewenden lassen, denen sie die gleiche Bedeutung für die Scheidung zugestehen, welche die strengere Ansicht bloß den Sävitien einräumt, statt das im Gesetze klar genug aufgestellte Prinzip zu betonen.

Hiebei ist von vornherein zu beachten, daß unsere Theorie [3]) und Praxis [4]) eine Ausdehnung des Begriffs der Sävitien, wie sie z. B. unter Vorangang von Leyser Meditat. ad Pandect. Vol. V Specim. 316 med. 1 und 2 Glück in seinem Pandektenkommentar Teil 26 S. 474 als gemeines Recht lehrt [5]),

1) Und zwar sowohl in der 1. Auflage desselben S. 154, als auch, wenn gleich nicht so ausdrücklich, in der 2. §§ 179—181.

2) Dieselben sind am Schlusse aufgeführt.

3) So schon Bidembach in seiner weiter unten noch zu erwähnenden Schrift de causis matrimonialibus Cap. VI — et quidem varia solent conjugum esse onera, quae alter conjunx contra praeceptum Pauli ferre recusat; ut sunt rixae, contentiones frequentes, hinc jurgia, inde saevitia alterius conjugis, sowie Johann Valentin Andreä in dem Auszug aus Bidembach's Schrift in der unten S. 88 bei Anm. 3 citierten Stelle; ferner Hauber l. c., Laug, Personenrecht 2. Aufl. S. 435, welche beide ausdrücklich Sävitien als schwere, lebensgefährliche Mißhandlungen bestimmen. Die gleiche Begriffesauffassung liegt aber auch den andern Darstellungen unseres partikulären Eherechts zu Grunde.

4) Siehe z. B. die in diesen Jahrbüchern B. 2 S. 276 mitgeteilte Entscheidung unseres Oberlandesgerichts.

5) Glück lehrt unter Berufung auf Leyser, daß bei den Protestanten mit dem Namen der Sävitien nicht bloß Mißhandlungen und Beleidigungen durch Schläge und Schimpfreden, sondern überhaupt jedes Betragen bezeichnet werde, welches das Zusammenleben mit dem andern Ehegatten z. B. wegen Zanksucht und beständigen Streites unerträglich mache. Leyser l. c. sucht zu beweisen, daß es unrichtig sei, den Begriff der Sävitien auf körperliche Mißhandlungen einzuschränken. Der

nicht kennt, sondern den Begriff auf körperliche Mißhandlungen schwerer Art einschränkt. Nun ist es freilich wahr, daß eine

Ansicht Glück's ist das O.A.G. Darmstadt in einer in Seuffert's A. B. 9 Nr. 41 abgedruckten Entscheidung beigetreten, und in den im Archiv für civ. Praxis N. F. B. 8 S. 319 ff. mitgeteilten Fällen erklärt dasselbe Gericht auch gefährliche Drohungen für Sävitien. Für ein Eherecht, welches das toleramus nur als Folge von Sävitien kennt, legt sich die Ausdehnung dieses Begriffes allerdings sehr nahe, und man wird nicht fehlgehen mit der Annahme, daß diese, übrigens auch in der Praxis des gemeinen Kirchenrechts nicht überall durchgedrungene Ausdehnung — zu vergl. das Erk. des Obertr. Berlin in Seuffert's A. B. 35 Nr. 35 und das Erk. d. O.A.G. München eod. B. 3 Nr. 331, ferner die Aeußerung des Hofgerichts Gießen im Archiv f. civ. Prax. N. F. B. 7 S. 425, sowie Schmidt, Lehrbuch der gerichtl. Klagen §§ 334 ff. — der Entwicklung des gemeinen protest. Kirchenrechtes zu der heutigen im Texte angegebenen Gestaltung gedient hat. Sicher ist wohl, daß im ursprünglichen protest. Kirchenrechte der Begriff der Sävitien viel enger genommen wurde. Er ist herübergenommen aus dem kanonischen Rechte und findet sich in cap. 13 X de rest. spoliator. II 13 (si vero tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri u. s. w.). In diesem offenbar auf körperliche Mißhandlungen, mindestens auf lebensgefährliche Drohungen hinweisenden Sinne ist auch bei den Eherechtslehrern des 16. Jahrhunderts von Sävitien die Rede. Siehe z. B. Melanchthon de conjugio, tit. de divortio propter saevitiam, veneficia et insidias structas: si quis est igitur talis maritus, qui saevitiam in conjugem exercet et admonitus a pastoribus non desinit furere — et uxorem ita crudeliter tractare ut vita in periculo sit u. s. w. —, ferner Monner tractatus de matrimonio et clandestinis conjugiis: at veneficium et nimiam saevitiam, suae vitae periculum afferat, esse justam causam, propter quam divertere et innocenti liceat alteri nubere, diserte statuit imperator in d. l. Ex consensu. In dieser Stelle des Codex (l. 8 de repud. V 17) kommt übrigens der Ausdruck »saevitia« nicht vor, sondern als Scheidungsgrund wird es u. a. bezeichnet, wenn ein Ehegatte den andern als suae vitae veneno aut gladio aut alio simili modo insidiantem (insidiatricem) oder als se verberibus, quae ingenuis aliena sunt, afficientem (bez. manus audaces sibi ingerentem) probaverit. Zu vergl. ferner aus dem 17. Jahrhundert außer den in Anm. 3 v. S. 81 erwähnten Schriftstellern noch Quenstedt, Systema theologicum bei der Besprechung der malitiosa desertio: desertionis reum non esse tantum, qui fugit a conjuge, sed etiam, qui eam fugat saevitia et tyrannide. (Die Citate Melanchthons, Monner's, Quenstedt's sind Richter's Beiträgen zur Geschichte

unmittelbare Gefahr für Leib und Leben des unschuldigen Ehegatten, wie sie das Toleramus voraussetzt, in der Regel nur da vorhanden oder erweislich ist, wo solche Mißhandlungen vorausgegangen sind. Allein ausgeschlossen ist keineswegs, daß eine solche Gefahr auch in andern Fällen pflichtwidrigen Benehmens eines Ehegatten dem unschuldigen Teile aus der Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens erwächst, z. B. als Folge lebensgefährlicher Drohungen, fortgesetzter Beängstigung, unaufhörlicher Schmähungen, schwerer Verleumdungen und sonstiger tiefgehender Kränkungen, welche geeignet sind, durch ihren ungünstigen Einfluß auf das Gemütsleben des Betroffenen Störungen psychischer und physischer Art hervorzurufen und Gesundheit und Leben zu gefährden. So ist es insbesondere schon vorgekommen, daß Ehefrauen infolge hartnäckiger Verweigerung des Ehemannes, seiner ehelichen Pflicht zu genügen, in einen solch desperaten Gemütszustand versetzt wurden, daß die Fortsetzung der ihnen nunmehr verhaßten Scheinehe nach ärztlichem Dafürhalten den Ausbruch eines schweren Nervenleidens und damit die schlimmste Schädigung ihres körperlichen und geistigen Wohlbefindens hätte befürchten lassen. In solchen Fällen ist eine Klage auf sofortige Scheidung nicht statthaft, da unser partikuläres Eherecht eine solche, außer wegen Ehebruchs, nur wegen böslicher Verlassung (desertio malitiosa), wegen Lebensnachstellung und unter gewissen Voraussetzungen wegen Verbrechen vorsieht. Mit der Herstellungsklage ist unter solchen Umständen dem unschuldigen Teile auch nicht gedient, sofern er ja von der Fortsetzung des Zusammenlebens die äußerste Gefährdung seiner Person zu befürchten hat und deshalb in der Regel, ehe es zum gerichtlichen Austrag kommt, sich von dem andern entfernt hat und seinerseits die Aufnahme der ehelichen Gemeinschaft verweigert. Er ist also darauf an-

---

des Eherechts (S. 33, 40, 64) entnommen.) Endlich ist aus der citierten Ausführung Leyser's zu entnehmen, daß auch zu der Zeit, als dessen Meditationen erschienen, nämlich im Jahre 1734, die herrschende Ansicht den strengen Sävitienbegriff festhielt.

gewieſen, die Scheidung, welche er anſtrebt, im Wege des Art. 8 des Geſ. v. 8. Auguſt 1875 zur Ausführung des R.G. betr. die Beurkundung des Perſonenſtandes und die Eheſchließung v. 6. Febr. 1875 zu erwirken, d. h. da dieſe Geſetzesbeſtimmung eine zeitliche Trennung der Ehe in Gemäßheit des cit. cap. X. der Eheordnung als Vorbedingung der von ihr vorgeſehenen Scheidung der Ehe feſtſetzt, er hat zunächſt dieſe Vorbedingung zu erfüllen und ein Erkenntnis auf zeitliche Trennung der Ehe, ein ſog. Toleramus zu erwirken. Mit einer ſolchen Klage könnte er aber in den hier unterſtellten Fällen nicht aufkommen, wenn das Toleramus nur beim Vorausgegangenſein ſchwerer körperlicher Mißhandlungen gewährt werden dürfte. Daß dies aber nicht der Fall iſt, ſoll nunmehr dargethan werden.

Der Wortlaut des cap. X. § 1 der Eheordnung iſt folgender: „Wofern nach Dispoſition Unſerer Eheordnung, cap. VII. Superintendenten und Amtleut verwirrter uneiniger Eheleut halber, die von denſelben zu keinem Frieden gebracht werden mögen, zu unſerem Ehegericht mit allen Umbſtänden Bericht erſtatten werden, ſo ſolten als dann Unſere EheRichter und Räth allerſorderſten nochmalen auf alle mögliche Weiß trachten, die uneinige Eheleut wieder zuſammenzubewegen, und den ſchuldigen und wiederſpenſtigen Theil mit gehörigen Zwangsmitteln als Gefängnuß, Schaffung in opere publico, Verweiſung aus dem Ort, oder auch gar Stadt und Amt, Abnehmung eydlicher und anderer Cautionen u. ſ. w. darzu anhalten, wofern aber all ſolches nichts verfangen: ſondern praesentissimum Periculum vorhanden ſein würde, ſolchen Falles ererſt ſolle, ärgeres und ſchlimmeres zu verhüten, dem unſchuldigen oder in Gefahr ſtehenden Theil entweder durch ausfallende Ehe-Gerichtliche Urthel, und ſo genanntes Toleramus oder per Rescriptum geſtattet werden, daß ſelbiger ſeinem Ehe-Gatten Eheliche Beywohnung zu thun nicht ſchuldig ſeyn ſolle, biß ſie ſich Chriſtlich miteinander wieder verſöhnen, darzu dann ſie Ehe-Leut von Geiſt- und Weltlichen Beamten beweglichſt erinnert und dasjenige, ſo unter ihnen ſich unehrbarlich und ungeziemend halten und erzeigen wird, ernſtlich geſtrafft, auch

das ſchuldig dem unſchuldigen die alimenta nach richterlicher Erkenntnuß zu prästiren verbunden ſeyn".

Das Geſetz ſpricht alſo lediglich von ehelichem Unfrieden, der nicht mehr gehoben werden kann [1]) und gewährt für dieſen Fall dem unſchuldigen [2]) Teil unter der Vorausſetzung, daß ihm aus dem weiteren Zuſammenleben praesentissimum periculum d. h. dringende Gefahr für Geſundheit, Leib und Leben erwachſen würde, zur Verhütung eines ſolchen Unglückes das Toleramus. Wie dieſer Unfrieden zum Ausdruck gelangt, ob durch körperliche Mißhandlung, Bedrohung, wörtliche Beleidigung oder durch ſonſtige Bezeugung von Mißachtung, Haß oder Widerwillen, iſt nach dem inſoweit klaren Wortlaute des Geſetzestextes gleichgültig, wenn nur das Zerwürfnis, mag es ſich nun in der oder jener Weiſe äußern, einen ſolchen Grad erreicht hat, daß der unſchuldige Teil im Falle der Fortſetzung des äußeren ehelichen Zuſammenlebens ernſtlich gefährdet erſcheint.

Dieſer aus dem klaren Wortlaut des Geſetzes ſich ergebenden Auslegung ſteht auch nicht die Ueberſchrift im Wege, welche das cap. X. cit. trägt, und die folgendermaßen lautet: „Von Verſöhnung und Zuſammenthädigung der ſtrittigen uneinigen Eheleuten

---

1) Wobei es vorausſetzt, daß Zwangsmittel zur Beugung des Willens des ſchuldigen Teiles fruchtlos angewandt worden ſind. Dieſe Zwangsmittel ſind durch Art. 7 des ſchon erwähnten Geſetzes v. 8. Aug. 1875 aufgehoben; es findet nur noch ein richterlicher Sühneverſuch nach Maßgabe der §§ 570—573 C.P.O. ſtatt.

2) Die Eheordnung drückt ſich ungenau aus, indem ſie „dem unſchuldigen, oder in Gefahr ſtehenden Theil" das toleramus geſtattet. Es kann indes kein Zweifel darüber ſein, daß nur dem unſchuldigen Teil die Erwirkung des toleramus anheimgegeben werden will, wie denn auch der Art. 8 des Geſ. v. 8. Aug. 1875, und zwar ſchon in der von der Regierung eingebrachten Faſſung (zu vergl Stiegele, Das Reichsgeſ. über die Beurkundung des Perſonenſtandes u ſ. w. S. 255 f.), einen unſchuldigen Teil im Toleramusprozeß vorausſetzt. Daß das „oder" hier nicht disjunktiv gemeint iſt, ſondern etwa wie das lateiniſche vel, ergibt ſich ſchon daraus, daß das Geſetz praesentissimum periculum d. h. drohende Gefahr für einen Teil als ausnahmsloſe Vorausſetzung des Toleramus hinſtellt.

oder auch Erkennung der Separation zu Tisch und Bett: oder eines Toleramus wegen hart eingewurtzelter Feindschaft, Saevitia und Widerwillen". Denn hier ist lediglich das dem Gesetz zu Grund liegende Prinzip in etwas ungenauer, kasuistischer, bez. exemplikativer Form ausgesprochen, und es wäre eine total abwegige Interpretation, den in sich klaren und vollständigen Inhalt des Gesetzestextes aus der Ueberschrift mit ihrer ungenauen, ihrerseits der Interpretation bedürftigen Fassung zu ergänzen oder vielmehr durch willkürliche Hereinnahme der Ueberschrift in den Text zu verkehren.

Ebensowenig läßt sich gegen diese vom Gesetzestext an die Hand gegebene Auslegung ein durchschlagendes Argument zu Gunsten der Einschränkung des Toleramus auf den Fall der Sävitien aus cap. XIII. § 1 der Eheordnung entnehmen. Dort ist nämlich für den Fall der Desertion angeordnet, daß der betr. Ehegatte „fordristen zur ehelichen Beywohnung, und zwar, wo nöthig, durch ernstliche und scharffe Zwangsmittel anzuhalten, und die Ehe nicht zu zertrennen, oder wann je mit dabey eine Saevitia vorhanden, sie allein quoad thorum et mensam zu separiren" sei. An dieser Stelle hatte der Gesetzgeber nicht die Aufgabe, die Voraussetzungen des Toleramus genau zu definieren und erschöpfend zu bezeichnen, sondern es lag ihm nur daran, auf dieselben mit kurzen Worten hinzuweisen, wie es denn naheliegend war, denjenigen Fall der zeitlichen Trennung, welcher der Natur der Sache nach weitaus der häufigste ist, namhaft zu machen. Es erscheint zumal bei dem Mangel an Präzision des begrifflichen Ausdruckes, den die Eheordnung mit den übrigen gesetzgeberischen Arbeiten ihrer Zeit teilt, unzulässig, dieses Citat zu verwenden, um in den Inhalt des citierten Gesetzes eine dessen klarem Wortlaut unbekannte Voraussetzung hineinzubringen. —

Die Eheordnung von 1687 hat, wie sich denken läßt, kein völlig neues Recht geschaffen, sondern nur das bestehende, wie es in der vorausgegangenen zweiten Eheordnung von 1553 und der seitherigen Praxis vorlag, weiter entwickelt. Es ist

deshalb von Interesse, diese Rechtsentwicklung, soweit sie das Institut der zeitlichen Trennung betrifft, nachzuweisen. Die zweite Eheordnung [1]) kennt ein Toleramus in dem Sinne einer gerichtlich ausgesprochenen Zulassung einer Trennung von Tisch und Bett noch nicht, wohl aber in dem Sinne einer thatsächlichen Duldung derselben durch die Obrigkeit. Der betr. Titel der 2. Eheordnung lautet nämlich: „Von Versöhnung und Zusammenthädigung der Eeleut. Es tregt sich auch täglich, und an vielen Orten zu, das ein ungeschickt Eegemecht gegen dem andern oder sie beide gegen einander großen unwillen, neid, haß, grimmen, und unfreundschaft gefaßt damit nit nachlassen, sonder eeliche beiwonung nit haben noch pflegen wöllen, darinn sollen jedes Orts Amptleut und Gericht, auch Eerichter und Räth, so disе und dergleichen sachen für sie gebracht, allen möglichen fleiß ankern, und ernstlich handlung fürnemen, die verworne Eeleut, auch wa das nutzlich und ersprießlich, durch Turn oder andere gebürende straff in Freundtschafft zu bringen, auff das die heilig Ee und Band nit zertrennt, sonder in gutem willen unnd Göttlichem bevelch bleibe, und das der Mann gedenck, wie das Weib jme von Gott, zu einem gehilffen geordnet, und die Fraw, das der Mann jr zu einem haupt und Herrn gesetzt seie, das je eins das ander, als seinen eigenen leib, lieb habe". Das heißt: im Falle schwere eheliche Zerwürfnisse vorliegen, solle die Obrigkeit auf die Beilegung derselben und die Rückkehr der Eheleute zur Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten dringen, auch mit Strafen einschreiten, um die Trennung des heiligen Bandes zu verhindern, letzteres jedoch nicht unbedingt, sondern nur „wa das nutzlich und ersprießlich"; wenn nicht, so beruhigte sich der Gesetzgeber eben doch bei dem bestehenden Zustande des Unfriedens und seiner Folgen — der thatsächlichen Trennung des ehelichen Bandes, da er nicht absah, wie er helfen könne [2]). Indes führte schon

1) Sie ist abgedruckt in Reyscher's Gesetzessammlung: Gerichtsgesetze 1. Teil S. 85 ff.

2) Und war hiebei liberaler als andere Ehegesetzgebungen aus der gleichen Zeit, welche unterschiedslos Zwang zur Herstellung gestörten ehe-

die Praxis, wie sie sich auf Grund der 2. Eheordnung bildete, ein obrigkeitlich ausgesprochenes Toleramus ein. Es ergibt sich dies aus dem Auszuge [1]) der 2. Eheordnung v. Jahr 1596, welcher für den Fall, daß eine Versöhnung der Eheleute sich nicht bewerkstelligen lasse, die Verweisung derselben vor Ehegerichter und Räte vorsieht, aus Bidembachs [2]) Schrift de causis matrimonialibus und aus dem von Johann Valentin Andreä verfertigten deutschen Auszuge [3]) dieser Schrift. Aus den beiden letzterwähnten Arbeiten, welche wegen der amtlichen Stellung ihrer Verfasser als Mitglieder des herzoglichen Ehegerichts, sowie, was die zweite betrifft, auch wegen ihres halbamtlichen Charakters von hervorragender Bedeutung als Zeugnisse der Behandlung der Ehesachen im 17. Jahrhundert sind, ist nun

lichen Friedens anordnen und für den Fall der Erfolglosigkeit des Zwanges vielfach Landesverweisung vorsehen; siehe z. B. die Kurpfälzische Ehe-Ordnung von 1563, die Goslarische Konsistorialordnung von 1555, die Mecklenburgische Konsistorialordnung von 1570, die Brandenburgische Visitations- und Konsistorialordnung vom gleichen Jahre, alle bei Richter, die ev. Kirchenordnungen des 16. Jahrhunderts. Vergl noch die Hallische Kirchenordnung eod. B. 1 S. 40, Titel von dem Eelichen Stand 2. Abs. „Auch soll Niemands gewalt haben, sich selbs von seinem andern Ehegemahel zu scheyden ohne Erkanntnus der oberkeit".

1) Er war zur Verlesung auf den Kanzeln bestimmt und ist nachgewiesen in Reyscher's Gesetzessammlung Gerichtsgesetze B. 1 S. 456. In Bidembach's im Text erwähnter Schrift ist er aufgenommen. Im Jahr 1660 erschien ein zweiter Auszug aus der 2. Eheordnung, der bei Reyscher eod. B. 3 S. 20 unter Nr. 157 angeführt, aber nicht nachgewiesen ist. Siehe auch Hauber's Eherecht 1. Aufl. S. 2.

2) Bidembach war Mitglied des herzogl. Ehegerichts von 1592 bis 1606 siehe Hauber l. c. S. 19. Der vollständige Titel seiner Schrift lautet: de causis matrimonialibus tractatus brevis theologicus. In quo non tantum praecipua capita ordinationis Matrimonialis Wirtembergicae, sed et difficiliores nonnulli Casus alii paucis explicantur. Conscriptus pro ministris ecclesiae in Ducatu Wirtembergico et Promptuario Connubiali antehac affixus: nunc vero recognitus quibusdam in locis auctus et certis de causis seorsum editus per Felicem Bidembachium D. Francofurti anno 1608.

3) Derselbe war der Cynosur Andreäs angehängt in allen 3 Ausgaben (von den Jahren 1639, 1649 und 1658); er ist abgedruckt bei Hauber l. c. S. 204 ff.; zu vergl. eod. S. 20.

freilich zu entnehmen, daß die Praxis das von ihr eingeführte Toleramus in sehr engen Schranken hielt und nur im äußersten Falle „propter nimiam saevitiam, quando vitae periculum imminere videtur alteri conjugum“ das separatim habitare gestattete. So Bidembach S. 90 und übereinstimmend hiemit Andreä's Auszug, wo es im 6. Kapitel des 1. Teiles heißt: „Und wie wüthig und rasend gleich ein Teil gegen den andern sich stellet, sollte auch eines dem andern durch Gift oder sonst gewaltthätigerweis nach dem Leben stehen, so wird doch keine gänzliche Ehescheidung vorgenommen, sondern alle Mittel versucht, von dem Schuldigen Eid und andere Kautionen oder Bürgschaft genommen, sein Ehegemächt nicht zu beleidigen. Im Falle dieses nicht hilft und ein Theil in äußerster Lebensgefahr stehet, so erlaubet etwa der Richter, daß sie absonderlich wohnen, da doch der Schuldige dem Unschuldigen Unterhalt schaffen muß, bis sie sich wieder christlich mit einander versöhnen. Denn keine gänzliche Scheidung in diesem Falle geschieht, wird auch die Versöhnung unter ihnen vielfältig versucht, und diese Toleranz und Connivenz nicht eher in die Hand genommen, man habe denn vor alle Mittel, Gefängnis, Kaution, Jurament und anderes und zwar vergeblich gebraucht“. Es mag sich diese ängstliche Strenge der damaligen Praxis daraus erklären, daß es bei ihr an einem sicheren gesetzlichen Boden für die Gestaltung der wegen ihrer Aehnlichkeit mit der katholischen Separation den protestantischen Theologen ohnedem verdächtigen zeitlichen Trennung der Ehe fehlte, und daß sie deshalb bei Einführung des Neugebildes zu thunlichster Vorsicht und Einschränkung sich veranlaßt sah. Daß die Einrichtung bei dem Widerwillen der Protestanten gegen alle katholischen Anklänge [1]) überhaupt aufkam, und daß man

1) Siehe z. B. bei Bidembach l. c. S. 90. Sic enim solet formari sententia, ut saevus maritus sciat, sibi corpore et bonis uxoris interdictum esse, vel ut parti laesae hoc indulgeatur, ut non teneatur cohabitare marito: usque dum pia fiat reconciliatio. Non enim vel thori vel mensae fit mentio, quae verba a Pontificiis permanare dicunt Jureconsulti. — Rara autem sunt exempla: quia mali exempli haec res est. — Estque haec tolerantia et conniventia, non autem separatio.

es nicht bei dem thatsächlichen Toleramus der 2. Eheordnung beließ, erklärt sich wohl aus der damals immer mehr überhandnehmenden Tendenz der Obrigkeit, insbesondere auch der geistlichen, sich in das Privatleben der Bürger zu mischen. Jedenfalls aber hat die Eheordnung v. 1687 der seitherigen Praxis nur die Voraussetzung des praesentissimum periculum, das dem unschuldigen Teil aus der Fortsetzung der Ehe droht, entlehnt, sich dagegen nicht veranlaßt gesehen, das Toleramus auf den Fall einzuschränken, daß es bereits zu schweren körperlichen Mißhandlungen gekommen ist. Hätte sie das beabsichtigt, so hätte sie in der Fassung, in welcher Bidembach und Andreä die schon vor der 3. Eheordnung bestehende Toleramuspraxis mitteilen, einen Vorgang gehabt, einer solchen Absicht Ausdruck zu geben [1]). Es ist nicht geschehen, weil der Gesetzgeber angenommen hat, daß eine wenigstens für die nächste Zeit unheilbare Störung des ehelichen Friedens, mag sie sich nun so oder so geäußert haben, unter der Voraussetzung, daß mit der Fortsetzung des ehelichen Zusammenseins dringende Gefahr für Leib oder Leben des unschuldigen Gatten verknüpft ist, hinlänglichen Grund zu einer zeitlichen Trennung der Ehegatten abgebe.

Was sodann die Anwendung, welche dem cap. X. cit. durch die Praxis zu Teil wurde, betrifft, so ist jedenfalls nicht erweislich, daß das Gesetz eine restriktive Auslegung erfahren hat, welche nach den Grundsätzen über die Entstehung des Gewohnheitsrechtes geeignet wäre, dem Inhalte des geschriebenen Gesetzes zu derogieren. Auch mußte schon die von Hauber in den beiden Auflagen [2]) seines Eherechts bezeugte seltene

1) Wie es z. B. der Verfasser der Preußischen Konsistorialordnung von 1584 (siehe bei Richter l. c. B. 2 S. 462 ff.) gethan hat, welcher zeitliche Trennung zuläßt für den Fall, daß ein Ehegatte dem andern nach dem Leben stehe, und daß einer ohne Gefahr seines Leibes und Lebens nicht könne bei dem andern bleiben, insgemein aber, daß der Mann ganz tyrannisch und unmenschlich mit seinem armen Weibe umbgehe und dermaßen in sie sävire, daß sie daran dermalwohl leichtlich den Tod haben möcht".

2) 1. Aufl. S. 155, 2. Aufl. S. 180.

Anwendung dieſer Form der Trennung der Ehe die Entſtehung eines Gewohnheitsrechts verhindern. Zwar iſt es richtig, daß die Praktiker gewöhnt ſind, das Toleramus ſich nicht ohne das Vorausgegangenſein ſog. Sävitien zu denken, wie denn auch gemeinrechtlich die Klage auf zeitliche Trennung ſchlechtweg als Sävitienklage bezeichnet wurde, was Schmidt in ſeinem Lehrbuch von den gerichtlichen Klagen § 334 bezeugt, nicht ohne dieſe Benennung als unzutreffend zu bezeichnen, weil die Klage nicht bloß im Falle thätlicher Mißhandlungen, ſondern auch aus andern Gründen Platz greife. Jedoch erklärt ſich dieſe Entſcheidung daraus, daß, wie ſchon erwähnt und wie in der Natur der Sache liegt, Sävitien den Regelfall des Toleramus bilden. Im übrigen läßt ſich aus unſeren Präjudizienſammlungen nicht nachweiſen, daß die Praxis grundſätzlich die zeitliche Trennung der Ehe nur beim Vorliegen von Sävitien zuläßt. Von Entſcheidungen unſeres früheren Obertribunals ſind dem Einſender zwei bekannt, die nicht im Einklang unter einander ſind. In der einen [1]) findet ſich der Satz: „ſoll dieſe Weigerung“ (des Ehemanns, die Klägerin aufzunehmen) „gerechtfertigt ſein, ſo müßte der Beklagte ſolche Thatſachen behaupten und beweiſen, welche vor dem Geſetz eine zeitliche Trennung der Ehe zu Tiſch und Bett (toleramus) zu begründen im ſtande ſind, und als welche nach der hier maßgebenden Ehegerichtsordnung Teil II. cap. 10 § 1 (cfr. Art. 8 des Einführungsgeſetzes v. 8. Auguſt 1875) einzig nur Sävitien des andern Teils aus hart eingewurzelter Feindſchaft und Widerwillen, die das Leben oder die Geſundheit des Beklagten gefährdet haben müßten, praesentissimum periculum, anerkannt ſind“. In der andern [2]) dagegen, wo die Klage auf

1) Sie hat die Rechtsſache der F.....r'ſchen Eheleute v. J. 1877 zum Gegenſtand, welche in 1. Inſtanz beim Landgericht Stuttgart verhandelt wurde (Prozeßliſte des Landg. Stuttgart v. 1877 Nr. 51 Diar. Nr. 346), u. datiert v. 25. Oktober 1877.

2) Sie iſt in der Rechtsſache der U.....'ſchen Eheleute am 20. April 1877 ergangen (Prozeßliſte des Landgerichts Stuttgart von 1876 Nr. 134).

Widerwillen des klägerischen Teiles gegen den andern gestützt war, ist ausgeführt, daß nur ein beiderseitiger Widerwillen unter der Voraussetzung eines praesentissimum periculum für den unschuldigen Teil das Verlangen der zeitlichen Trennung der Ehe nach Maßgabe eben des cap. X. cit. zu begründen vermöchte, und die Klage wegen des Nichtzutreffens dieser beiden Voraussetzungen abgewiesen. Die in diesen Jahrbüchern B. 2 S. 273 ff. mitgeteilten Entscheidungen des Oberlandesgerichts über Toleramusfälle nehmen keine bestimmte Stellung zu der hier erörterten Frage.

Von hervorragender Wichtigkeit für die Auslegung der Bestimmung der Eheordnung über die zeitliche Trennung ist auch der Art. 8 des württembergischen Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz betr. die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, sofern er die Anschauung des Gesetzgebers über den Sinn jener Bestimmung zum deutlichen Ausdruck bringt, wenn er freilich, wie bei den ständischen Verhandlungen ausdrücklich hervorgehoben wurde, keineswegs im Sinne einer authentischen Interpretation der Eheordnung aufgefaßt werden darf. Der Artikel lautet: „Nachdem in den von der Ehe- und Ehegerichtsordnung Teil II. cap. X. § 1 vorgesehenen Fällen auf zeitliche Trennung der Ehegatten zu Tisch und Bett für bestimmte Zeit erkannt worden ist, und solche während dieser Zeit stattgehabt hat, kann auf den Antrag des unschuldigen Teils anstatt der nach bisherigem Rechte begründeten weiteren zeitlichen Trennung die Scheidung der Ehe dem Bande nach ausgesprochen werden, wenn infolge der demselben von seiten des andern Gatten zugefügten schweren Unbilden ernstliche Gefährdung seiner Person bei fernerem Zusammenleben dringend zu besorgen oder aus gleichem Grunde mit Sicherheit vorauszusehen wäre, daß ihm fortgesetzt eine schlechte und pflichtwidrige, mit der Ehe durchaus unvereinbare Behandlnng von seiten des andern Gatten bevorstünde". Wenn dieser Artikel auf die von der Eheordnung Teil II. cap. X. § 1 vorgesehene Fälle Bezug nimmt, so sind unter diesen

nach den Motiven [1]) zum Entwurf zu verstehen: a) fest eingewurzelte Feindschaft, b) der Fall der Sävitien, c) der des Widerwillens. Und wenn ferner in dem Artikel von schweren durch einen Ehegatten dem andern zugefügten Unbilden als Veranlassung des vorangegangenen Toleramus die Rede ist, so können unter diesem Ausdruck unmöglich bloß körperliche Mißhandlungen verstanden sein, wie sich zum Ueberflusse aus dem Kommissionsberichte der Kammer der Standesherren, auf welche die jetzige Fassung des Artikels zurückzuführen ist, ergibt. Dort ist nämlich ausgeführt, daß wenn der eine Ehegatte von seiten des andern in schwerer Weise und insbesondere in öfterer Wiederholung gehässig und feindselig behandelt, mit Kränkungen überhäuft werde, oder ihm thätliche Mißhandlungen zugefügt werden, nach Umständen eine solche Mißhandlung ebenso die vernünftigen Zwecke der Ehe unerreichbar, wie das eheliche Zusammenleben unerträglich mache. Unzweifelhaft also bringt der besagte Artikel des modernen Gesetzes die Anschauung zum Ausdruck, daß das Toleramus nicht auf den Fall der Sävitien einzuschränken, sondern allgemein bei schweren Unbilden, unter der Voraussetzung natürlich des aus denselben sich ergebenden praesentissimum periculum für die Person des unschuldigen Ehegatten, zu gewähren sei.

Diese Anschauung entspricht aber auch allein dem modernen Bewußtsein, welches, auch soweit es auf christlichem Boden steht, in der Trennung einer tief zerrütteten Ehe keinen Widerspruch weder gegen das Sittengesetz, noch gegen die Lehre der christlichen Religion zu erblicken vermag, vielmehr hierin die erlaubte, unter Umständen sogar gebotene Lösung eines unerträglich gewordenen Verhältnisses anerkennt. Sie ist aber auch in dem gemeinen protestantischen Eherechte durchgedrungen, welches, wie schon erwähnt, die zeitweise Trennung der Ehe (die dann zur Scheidung oder Wiedervereinigung führen kann) in dem Falle zuläßt, wenn die sittlichen Grundlagen der Ehe

1) Bei Stiegele (Das Reichsg. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung S. 258 ff.) sind die gesetzgeberischen Materialien zum Art. 8 cit. abgedruckt.

dermaßen erschüttert sind, daß dem unschuldigen Ehegatten die Fortsetzung des ehelichen Lebens wenigstens zur Zeit nicht zugemutet werden kann [1]). Und auf dem gleichen Standpunkt steht auch der neue Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, indem er in § 1444 f. für den Fall, daß von einem Ehegatten durch schwere Verletzung der ihm gegen den andern obliegenden ehelichen Pflichten, insbesondere durch schwere Mißhandlung desselben oder durch ehrloses und unsittliches Verhalten, eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Lebens verschuldet wurde, daß dem andern Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann, diesem die Herbeiführung der Scheidung der Ehe und zwar in der Regel in der Weise anheimgibt, daß der Scheidungsklage eine solche auf zeitliche Trennung der Ehe von Tisch und Bett vorauszugehen hat.

In der Litteratur unseres Eherechts stehen sich zwei Ansichten gegenüber, eine strengere, die hauptsächlich von Hauber vertreten wird und schon oben erwähnt ist, und eine mildere, welcher die Mehrzahl unserer Schriftsteller huldigt, so schon Hochstetter in seinem Compendium juris matrimonialis Stuttgart 1750 S. 59 ff., wo das toleramus „exortis inter

1) Zu vergl. S. 80 Anm. 1. Interessant ist, daß schon Luther eine äußerliche Trennung der Ehe im Falle ehelichen Unfriedens für erlaubt gehalten hat, indem er sich in seiner Predigt vom ehelichen Leben dahin ausgesprochen hat: „über diese 3 Ursachen [Impotenz, Ehebruch, Desertion] ist noch eine, die Mann und Weib lässet scheiden; aber doch also, daß beide hinfort ohne Ehe bleiben. Die ist, wenn Mann und Weib nicht über der ehelichen Pflicht, sondern um anderer Sachen willen sich nicht betragen. Davon spricht St. Paulus 1. Kor. 7, 10. 11 .... Nun wenn hie Eines christlicher Stärke wäre und trüge des andern Bosheit und Uebel, das wäre wohl ein sein seliges Kreuz und ein richtiger Weg zum Himmel. Denn ein solch Gemahl erfüllet wohl eines Teufels Amt und feget den Menschen rein, der es erkennen und tragen kann. Kann er es aber nicht, ehe denn er Aergeres thue, so lasse er sich lieber scheiden und bleibe ohne Ehe sein Leben lang" (mitgeteilt in Hauber's Reformationsjahrhundert, Jahrb. für deutsche Theologie, B. 2 S. 248 f.). Siehe in Betreff des gemeinen protestantischen Kirchenrechts auch Richter's Kirchenrecht 6. Aufl. S. 857 f. und den Aufsatz von Heinzerling im Arch. für civ. Praxis B. 56 S. 239 ff.

conjuges dissensionibus ac dissidiis inimicitiisque vel superveniente insuper saevitia“ nach vergeblichen Vereinigungsversuchen, „ob causas graviores, inter quas refertur mariti saevitia, mores uxoris plane intolerabiles, inimicitia conjugum capitalis, furor saevissimus, unde periculum alteri conjugi imminet, morbus contagiosus incurabilis etc.“ zugelassen wird. Ebenso Reyscher Württemberg. Privatrecht § 591, welcher lehrt, daß auf zeitliche Trennung erkannt werde, wo Gefahr aus dem weiteren Zusammenleben für den einen Teil zu besorgen sei, namentlich wegen erbitterter Feindschaft unter den Eheleuten oder fortgesetzter Mißhandlung der Frau durch den Ehemann; so Gaupp, Recht der evangelischen Kirche in Württemberg 2. B. 2. Abt. S. 875, welcher, „um größeres Uebel zu verhüten“, das Toleramus eintreten läßt, „wenn eine bittere Feindschaft zwischen Eheleuten entsteht, wenn immerwährende Zwistigkeiten zwischen ihnen vorfallen und insbesondere, wenn ein Teil von dem andern, die Frau von dem Manne, eine harte Behandlung zu erdulden hat“; übereinstimmend Weishaar Württ. Privatrecht § 141; ferner Lang, Personen- und Familienrecht 2. Aufl. S. 435, der das Toleramus für begründet hält, wenn ein Gatte von dem andern lebensgefährliche Mißhandlungen (Sävitien) zu erleiden hat, oder wenn eine erbitterte unversöhnliche Feindschaft zwischen den Eheleuten zu befürchten ist“; ferner Fecht, die ehegerichtlichen Geschäfte S. 13, der als Gründe des Toleramus anführt: 1. hart eingewurzelte Feindschaft, 2. immerwährende Zwistigkeiten, 3. Mißhandlungen; ferner im strikten Anschluß an die Ueberschrift des cap. X. cit. die Motive zu Art. 8 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes u. s. w. und übereinstimmend mit ihnen Stiegele in seinem in S. 93 Anm. 1 erwähnten Kommentare, welche beide fest eingewurzelte Feindschaft, Sävitien und Widerwillen als Gründe für die zeitliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gelten lassen. Alle diese Darstellungen, wenn sie gleich nicht leicht zu einer irrigen Anwendung des Gesetzes führen, trifft doch mehr oder weniger der Vorwurf,

daß sie das Prinzip des Gesetzes nicht zum Ausdruck bringen und, indem sie auf die Ueberschrift desselben ein zu großes Gewicht legen, anstatt dieselbe, wie der erwähnte Kommissionsbericht der Kammer der Standesherrn nur als Anhaltspunkt für die Bestimmung des gesetzgeberischen Gedankens zu erkennen, in einer Kasuistik hängen bleiben, die dem Gesetz selbst fremd ist.

Auf dieses Prinzip hinzuweisen, war die vornehmliche Aufgabe dieser Ausführung, und es erübrigt nur noch, dasselbe in einer Formel zusammenzufassen und zwar dahin: im Falle tiefer, die sittlichen Grundlagen der Ehe erschütternder Störung des ehelichen Verhältnisses wird auf Antrag des unschuldigen Teiles, wenn demselben aus der Fortsetzung der Ehe dringende Gefahr für Gesundheit, Leib oder Leben droht [1]), die zeitliche Trennung der Ehe im Sinne des Teils 2 cap. X. § 1 der Eheordnung ausgesprochen [2]).

III.

Welche Stellung hat die Staatsanwaltschaft bei ihrem Beschluß über die Erhebung der öffentlichen Klage?

Von

Herrn Oberamtsrichter Freih. von Wächter-Spittler in Rottenburg.

Gewöhnlich pflegt die aufgeworfene Frage an der Hand der schulmäßigen Unterscheidung zwischen Opportunitäts- und

1) Wobei selbstverständlich vorausgesetzt ist, daß diese Gefahr mit der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses in ursächlichem Zusammenhang steht.

2) Weiter noch geht unsere in Sarwey's Archiv B. 14 S. 391 ff. mitgeteilte Praxis in Alimentenprozessen zwischen dem Ehemann und der von ihm faktisch getrennt lebenden Ehefrau, indem sie das Erfordernis des praesentissimum periculum fallen und in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte Unerträglichkeit des Zusammenlebens als genügende Ursache der Trennung gelten läßt, womit freilich der einheitliche Zusammenhang unseres Rechtsganzen ein bedenkliches Loch erhält.

Legalitätsprinzip erörtert und — nach § 152 Abs. 2 der St.P.O. gewiß mit Recht — zu Gunsten des letzteren beantwortet zu werden. Damit ist nun aber nicht viel gewonnen, so lange dieses Legalitätsprinzip selbst nicht im Wege der Auslegung und Prüfung an gegebenen einzelnen Fällen seine nähere Bestimmung erhält. Hiezu einen Beitrag zu liefern, möchte nachstehender, der Praxis entnommener Thatbestand insofern besonders geeignet sein, als auf der einen Seite das anzuwendende Strafgesetz an sich schon für die Erfüllung seines legislativen Zweckes erfahrungsgemäß nur allzuhäufig versagt, und als andererseits seine Nichtanwendung in dem vorliegenden Falle unter Umständen erfolgt ist, welche gerade ihrer Seltenheit halber das öffentliche Interesse billig in Anspruch nehmen dürfen.

K. St. ließ sich am 24. Januar 1889 von W. L. eine Darlehensforderung des letzteren gegen R. L. im Betrag von 1506 M. 59 Pf. abtreten, für welche sich gleichzeitig der Cedent W. L. und ein Dritter, J. R., als Selbstschuldner verbürgen mußten. Die Gegenleistung des St. bestand nach den im Rechtsstreit zwischen ihm und J. R., wegen Zahlung verfallener Zinsen, getroffenen Feststellungen teils in Abschreibung älterer Schuldposten, teils in barem Gelde. Die Ergebnisse der beiden Instanzen, welche der Prozeß durchlaufen hat, gehen in Ansehung der ziffermäßigen Beträge etwas auseinander. Von dem Amtsgericht — wurde die Differenz beider Leistungen, so wie sie schon nach dem Nennwert sich ergab, nur auf 300 M., von der Civilkammer des Kgl. Landgerichts — auf 427 M. angenommen. Den Zinsfuß berechnete das Berufungsgericht auf 34 Prozent, das Amtsgericht je nach dem noch ungewissen effektiven Ausgang des Geschäftes auf 21 bis 49 Prozent. Uebereinstimmend gelangten aber beide Instanzen vermittelst der Erwägung, daß der Thatbestand des Wuchers, Art. 1 des Reichsgesetzes vom 24. Mai 1880, vorliege, zur Abweisung der Klage. Es geschah dies auf Grund der Annahme, daß am 24. Januar 1889 zwischen St. als Gläubiger und W. L. als Schuldner ein Darlehensgeschäft abgeschlossen worden sei. Zum

Verständnis dieser Auffassung mag thatsächlich noch so viel [1]) angeführt werden, daß nach der ursprünglichen Abrede die Schuld des R. L. erst mit seiner Heirat oder dem Erwerb einer Erbschaft fällig werden sollte, während W. L. versprach, binnen drei Jahren jedenfalls zu zahlen. Beide Instanzen fanden hierin eine Bürgschaft in duriorem causam und damit ein selbständiges, in der Garantie für die abgetretene Forderung sich nicht erschöpfendes Schuldversprechen. In zweiter Instanz bekam diese Auffassung durch den Umstand eine weitere Stütze, daß die Insolvenz des R. L. schon für den Zeitpunkt der Abtretung vom 24. Januar 1889 sich als zweifellos herausstellte, und daß sogar St. selbst zugab, auf die abgetretene Forderung an und für sich keinen Wert gelegt zu haben. Eine Aussetzung des Verfahrens nach § 140 der C.P.O. wurde weder in erster noch in zweiter Instanz verfügt. Dagegen sah sich das Amtsgericht nach Erlassung seines Urteils veranlaßt, die Akten der Kgl. Staatsanwaltschaft — zur zuständigen Verfügung wegen des angezeigten Wuchervergehens mitzuteilen. Nach Erlassung des Urteils zweiter Instanz wurde Namens des St. die Zurückgabe des zu den Akten des Untergerichts gekommenen Schuldscheins nebst Abtretungs- und Bürgschaftsvermerk beantragt. Im Hinblick darauf, daß auf die erste Mitteilung die Akten ohne Erklärung zur Sache zurückgegeben worden waren, glaubte das Amtsgericht vor der Ausfolgung des corpus delicti an den Verdächtigen der Anklagebehörde zu etwaigen Anträgen nochmals Gelegenheit geben zu sollen. Der hierauf erteilte Bescheid lautete aber dahin, daß die Staatsanwaltschaft auch nach wiederholter eingehendster Prüfung von dem Zutreffen des § 302 b des St.G.B. sich nicht habe überzeugen können.

Dem hienach von der K. Staatsanwaltschaft gewählten prinzipiellen Standpunkt ist soviel sicherlich einzuräumen, daß

1) Da eine materielle Kritik des Bescheides der Staatsanwaltschaft nicht beabsichtigt ist, kann die ausführliche Wiedergabe des Akteninhaltes beider Civilinstanzen, welche aus naheliegenden Gründen nicht angemessen erscheint, auch füglich entbehrt werden.

die vorausgegangenen civilrichterlichen Entscheidungen, auch diejenige des Berufungsgerichts, die Staatsanwaltschaft formell nicht binden konnten, und daß die letztere, solange der Fall des § 173 der St.P.O. oder des § 147 G.V.G. nicht gegeben war, gegen ihre Ueberzeugung die öffentliche Klage nicht erheben durfte. Auf der anderen Seite hat es aber für das allgemeine Rechtsbewußtsein gewiß viel mißliches, wenn durch ein höheres Gericht das Vorhandensein eines schweren Vergehens in den Gründen eines rechtskräftigen Urteils ausgesprochen ist, die Verfolgung des präsumtiven Thäters aber an dem non possumus der Staatsanwaltschaft endgültig [1]) scheitern soll. Und dieser Uebelstand mahnt doch zu näherer Prüfung, ob die staatsanwaltliche Ueberzeugung von dem Vorliegen des strafgesetzlichen Thatbestandes wirklich auch ein positives Requisit der Klagerhebung sei.

Für die Beweisfrage will das wohl niemand ernstlich behaupten. Hier lassen die §§ 152 und 168 der St.P.O. darüber keinen Zweifel, daß der bloße Mangel einer vollständigen Ueberzeugung, beispielsweise von der Thäterschaft einer bestimmten Person oder von dem Zutreffen eines konkreten Thatbestandsmerkmals, die Staatsanwaltschaft des Einschreitens und der Klage nicht überheben kann, solange gleichwohl „genügender Anlaß" zu letzterer, oder für das erstere „zureichende thatsächliche Anhaltspunkte" vorliegen. Vergleicht man aber die gebrauchten Ausdrücke unter sich und mit § 201 der St.P.O., so ergibt sich weiter, daß die verschiedenen, der Thätigkeit des erkennenden Richters vorausgehenden Stadien des Prozesses, das Ermittlungsverfahren bis zur Klagerhebung, die Entscheidung über diese selbst und die Prozedur über Eröffnung des Hauptverfahrens, in ihren Anforderungen an das Maß zunächst jedenfalls der thatsächlichen Anhaltspunkte eine

1) Daß die ausgebeutete Person selbst zu einem energischen Vorgehen gegen den Wucherer nur selten geneigt ist, liegt in der Natur der Sache. Auf anderem Wege, als dem des § 170 der St.P.O., ist aber nach geltendem Recht keine Remedur möglich. Ueber das frühere württ. Recht vgl. Art. 76 der St.P.O. von 1868 und Ger.-Bl. Band V, S. 93.

ſteigende Progreſſion darbieten. Und dieſe Steigerung ſetzt ſich im Hauptverfahren dadurch bekanntlich fort, daß zwar für ſeine Eröffnung ein hinreichender Verdacht genügt, erſt für die Verurteilung aber durch § 266 der St.P.O. der Beweis der ſtrafbaren Handlung erfordert wird. Der Grund für dieſe Einrichtung, vermöge deren die für das folgende Stadium nicht geeigneten Gegenſtände je ſchon in dem vorhergehenden Abſchnitt ausgeſchieden werden, liegt teils in dem Beſtreben, Zeit und Arbeitskräfte der Behörden, ſoweit thunlich, zu ſparen, teils in der Rückſicht auf den Beſchuldigten, welchem, namentlich durch eine grundloſe Eröffnung des Hauptverfahrens, ſchwere und im Falle ſeiner Unſchuld ſchwer zu rechtfertigende Nachteile zugefügt werden können. Fragt man aber, nach welchen Grundſätzen dieſe Ausſcheidung zu geſchehen hat, ſo zeigt ſich bei näherer Betrachtung, daß zwiſchen der Thätigkeit des erkennenden Richters und der ſie vorbereitenden der übrigen ſtrafprozeſſualiſchen Organe ein weſentlicher, nicht bloß den Grad der Evidenz ihrer Feſtſtellungen betreffender Unterſchied beſteht. Im Hauptverfahren führt jedes non liquet zur Freiſprechung, in den voranliegenden Prozeßabſchnitten dagegen wird auf poſitive Gewißheit grundſätzlich verzichtet, weshalb es nicht einmal ſtatthaft erſcheint, hier von dem vorhandenen Beweis einer Thatſache nur überhaupt zu reden. In der Bejahung der Thatfrage iſt alſo hier das nondum liquet ſtets ſtillſchweigend inbegriffen, das in der öffentlichen Klage, dem Verweiſungsbeſchluß enthaltene logiſche Urteil iſt nach dieſer Seite kein apodiktiſches, ſondern ein problematiſches. Umgekehrt erfolgt die Verneinung der Thatfrage nicht nur im freiſprechenden Urteil, ſondern gerade ſo in den voranliegenden Abſchnitten des Verfahrens ſtets apodiktiſch, und wenn hier von einer Progreſſion in den Anforderungen an die Motivierung die Rede ſein kann, iſt es keine aufſteigende, ſondern eine abnehmende. Für die Freiſprechung genügt jedes ſich darbietende ernſtliche Bedenken, deſſen Beſeitigung durch bekannte Beweismittel nicht in Ausſicht zu nehmen iſt. Aber auch die Verweiſungskammer wird, namentlich in Fällen, wo die ge-

führte Voruntersuchung das für die Hauptverhandlung zu Gebot stehende Material ihr vollständig vor Augen stellt, ihren Ausspruch des Mangels zureichender Verdachtsmomente leichter zu begründen haben, als der Staatsanwalt in einem eben erst angezeigten Straffalle seinen Beschluß, wegen fehlender thatsächlicher Anhaltspunkte von jedem Einschreiten Umgang zu nehmen. Beide fällen ganz dasselbe apodiktische Urteil, wie der freisprechende Richter, daß nämlich genügendes Beweismaterial für die Anwendung des Gesetzes nicht nur nicht vorhanden, sondern auch nicht zu erbringen sei. Der erkennende Richter thut dies aber nach vollständiger Erschöpfung des gesamten Beweisstoffes, der Einstellungsbeschluß der Strafkammer wenigstens auf Grund mehr oder minder vollständiger Akten, und nur der Staatsanwalt an der Hand einer vorläufigen Information, deren Ergänzung er selbst bewirken kann und ebendeshalb regelmäßig der sofortigen Abweisung der Anzeige a limine wird vorziehen müssen. Für die Thatfrage resultieren also aus dem Bisherigen folgende Ergebnisse:

1. Einer positiven Ueberzeugung von dem Vorliegen des gesetzlichen Thatbestandes bedarf nur das verurteilende richterliche Erkenntnis.

2. Die Nichteröffnung des Hauptverfahrens, die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft, und die Unterlassung jedes Einschreitens auf eine Anzeige haben zur gemeinsamen Voraussetzung die Ueberzeugung der beschließenden Behörde, daß genügende Anhaltspunkte für die Anwendung des Strafgesetzes nicht zu erbringen seien.

3. Die Anforderungen an die Evidenz dieser Ueberzeugung sind um so höher zu stellen, je weniger weit das Verfahren bereits gediehen ist.

Weit eher, als einem Widerspruch, dürften diese Sätze dem Vorwurf allzugroßer Selbstverständlichkeit bloßgestellt sein, und in der That weiß der Einsender ihre ausführliche Begründung nur damit zu entschuldigen, daß er sich versucht fühlt, sie auch für die Rechtsfrage ganz unverändert beizubehalten, wobei er sich der allgemeinen Zustimmung nicht so unbedingt versichert

glaubt. Auf den ersten Blick scheint es nämlich für die Rechtsfrage ein eigentliches non liquet gar nicht zu geben. Und wenn die Regel: „iura novit curia“ dem Richter unstreitig verbietet, die Beantwortung einer erheblichen Rechtsfrage lediglich im Hinblick auf ihre Zweifelhaftigkeit von sich abzuwälzen, so gilt dasselbe offenbar auch von der gleichermaßen rechtskundigen Staatsanwaltschaft. Allein die tägliche Erfahrung lehrt denn doch, daß unzählige Rechtsfragen, auch auf dem Gebiet des Strafrechts, einer verschiedenen Beantwortung selbst durch die höchsten Instanzen zugänglich sind, daß bei jedem einzelnen Juristen der Grad seiner Ueberzeugung von der Richtigkeit der durch ihn befolgten Rechtsanschauung unendlicher Abstufungen fähig ist. Handelt es sich also darum, ob die zur Anzeige gebrachte, oder unter Anklage genommene, oder im Hauptverfahren festgestellte That unter ein bestimmtes Strafgesetz zu bringen sei, so lassen sich sehr wohl Fälle denken, in welchen der mit der Sache befaßte Richter oder Staatsanwalt mit voller und sicherer Ueberzeugung weder das Ja noch das Nein auszusprechen sich getraut, und in welchen demgemäß der ihm abgenötigte Ausspruch nur dahin lauten kann, daß die Frage zweifelhaft sei. Dieser nicht zu behebende Zweifel muß aber den erkennenden Richter zur Freisprechung führen, und es bleibt nur zu untersuchen, ob der hiefür in Betracht kommende Grundsatz: „in dubio pro reo“ auch für die voranliegenden Abschnitte des Verfahrens gleichmäßig gilt, und ob er namentlich auch durch die Staatsanwaltschaft zu befolgen ist.

Angenommen, es verhielte sich in der That nicht anders, so erhellt von selbst, welcher überwiegende Einfluß damit der Staatsanwaltschaft für die Auslegung und Fortbildung des materiellen Strafrechtes eingeräumt wäre. An sich schon gewährt ja das Anklageprinzip, trotz aller zum Schutz der Verletzten getroffenen Vorkehrungen, der Staatsanwaltschaft Befugnisse, welche einem Monopol wenigstens thatsächlich gleichkommen. Sie hat die Macht, durch Ablehnung der öffentlichen Klage dem werdenden Strafprozeß schon vor seiner Geburt ein rasches Ende zu bereiten. Müßte nun anerkannt werden,

daß sie von dieser Macht auch in Fällen Gebrauch machen dürfe, in welchen die Rechtsfrage ihr selbst zweifelhaft geblieben ist, so wäre damit der Staatsanwalt zum privilegierten Hüter und Verwalter des Gesetzes erklärt, er hätte es, ähnlich wie der römische Prätor im Formularprozesse, in der Hand, durch die denegatio actionis in allen vom Gesetz nicht unzweideutig beantworteten Fragen seine Rechtsanschauung zur Bedeutung einer eigentlichen Rechtsquelle zu erheben. Daß überdies ein Rechtszustand dieser Art mit der Parteirolle, welche die Staatsanwaltschaft im Strafprozeß übernehmen soll, stark kontrastieren würde, bedarf keiner Ausführung. Der Staatsanwalt würde hier, um an die Aeußerung eines Mitglieds des ersten Deutschen Juristentags [1]) in ähnlichem Zusammenhang zu erinnern, zwischen dem zuständigen Strafrichter und dem Verdächtigen eine „Mauer" bilden, ohne doch von der Aussichtslosigkeit einer Verfolgung des letzteren auch nur selbst überzeugt zu sein. Es ist also sicherlich aller Grund vorhanden, ein solches Resultat ohne zwingende Ursache nicht anzunehmen.

Freilich ist aber die Entscheidung nicht in allgemeinen, mehr legislativen Erwägungen, sondern in dem Gesetze selbst zu suchen. Und hier muß auf das entschiedenste der Annahme entgegengetreten werden, als ob unsere Strafprozeßordnung eine Bestimmung über die Stellung der Staatsanwaltschaft bei Beantwortung von Rechtsfragen gar nicht enthalte. Wenn wir gewöhnt und bei Prüfung einer bestimmt formulierten Anklage genötigt sind, die Beweis- und Rechtsfrage begrifflich zu sondern und auseinanderzuhalten, so darf darüber nicht vergessen werden, daß beide im Grunde untrennbar miteinander verwachsen und einer einheitlichen Betrachtung nicht nur fähig, sondern auch bedürftig sind. In ganz besonderem Maße gilt das für die Entschließung über das erste Einschreiten, welche § 152 Abs. 2 der St.P.O. zum Gegenstande hat. Denn hier handelt es sich gerade um diejenige Thätigkeit des praktischen Juristen, welche das rechtliche Element und das thatsächliche

1) Mitgeteilt im Komm.-Ber. zur St.P.O. von 1868, S. 142.

in sich vereinigt, nämlich die Subsumtion. Von der Subsumtion, nicht von der Beweiswürdigung, spricht vor allem die St.P.O., wenn sie dem Staatsanwalt beim Vorhandensein zureichender thatsächlicher Anhaltspunkte das Einschreiten zur Pflicht macht. Man denke sich nur den Fall einer schriftlichen Anzeige des Verletzten oder einer auf Grund seiner Angaben abgefaßten Polizeimeldung. Von Beweismitteln kann hier noch kaum die Rede sein, es bedarf aber derselben auch nicht. Vielmehr genügt zum ersten Einschreiten schon die unverdächtige aber einseitige Behauptung einer dem Staatsanwalt unbekannten, vielleicht nicht einmal namhaft gemachten Person (vgl. § 158 der St.P.O.). Wenn also nicht nur überhaupt von thatsächlichen Anhaltspunkten, sondern von „zureichenden" im Gesetz die Rede ist, so erhält dieses Prädikat seine nächste Bestimmung offenbar durch den vorangestellten Begriff der gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlung. Es ist damit ähnlich, wie mit der Klage im Civilprozeß: dem Beweisverfahren und der Beweiswürdigung muß vor allem die thatsächliche Substantiierung vorausgehen, und für diese müssen dem Staatsanwalt thatsächliche Anhaltspunkte dargeboten werden, wenn er zum Einschreiten sich veranlaßt sehen soll. Lehnt er das Einschreiten ab, weil es an einem dafür geeigneten Stoff mangle, so betrifft diese seine Kritik der empfangenen Anzeige unzweifelhaft deren thatsächlichen Inhalt. Die leitenden Grundsätze aber, nach welchen sie ausgeübt werden muß, gehören ebenso unzweifelhaft dem Gebiet des materiellen Rechtes an, welches der Staatsanwalt, hier wiederum dem Civilrichter ähnlich, nicht nur in der ihm durch die Anzeige angedeuteten, sondern in jeder denkbaren Richtung daraufhin zu durchforschen hat, ob die behaupteten Thatsachen, deren Zutreffen einstweilen unterstellt werden muß, nicht die Anwendung irgend eines Strafgesetzes ermöglichen. Ein wesentlicher Unterschied besteht nun aber trotzdem für die Kritik der dargebotenen thatsächlichen Substantiierung, wie sie dem Civilrichter, und derjenigen, welche dem Staatsanwalt obliegt. Der erstere kann und muß beanspruchen, daß ihm der Stoff in einer gewissen Vollständig-

keit unterbreitet wird, und wenngleich sein Fragerecht ihn hiebei doch auch zu spontaner Thätigkeit verpflichtet, ist er bei Anwendung desselben auf die Aufschlüsse beschränkt, welche die Partei ihm bieten kann. Der Staatsanwalt hat, sobald ihm einmal zureichende Anhaltspunkte gegeben sind, für deren Vervollständigung von Amtswegen zu sorgen, und bei Erfüllung seiner Erkundigungspflicht steht ihm nicht nur der ganze Apparat der gerichtlichen Polizei, sondern auch jede gesetzlich nicht verbotene Dienstleistung des zuständigen Amtsrichters zur Verfügung. Sind endlich die vorläufigen Ermittlungen so weit gediehen, daß nunmehr eine Beschlußfassung über Erhebung der öffentlichen Klage geboten erscheint, so ergibt sich schon aus allgemeinen Prinzipien, daß der Staatsanwalt, der ja nicht zum Richter, sondern zum Kläger berufen ist, an die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens den Maßstab unzweifelhafter rechtlicher Konkludenz nicht anlegen darf. Die St.P.O. sagt aber zum Ueberfluß in § 168 der St.P.O. mit klaren Worten, daß die Klage zu erheben sei, sobald für sie — also nicht schon für die Verurteilung — „genügender Anlaß" geboten ist.

Erscheint sonach die Staatsanwaltschaft nicht befugt, durch ein bloßes rechtliches non liquet von der Verfolgung sich abhalten zu lassen, so wird ihr damit ein Handeln wider besseres Wissen so wenig zugemutet, als dem Offizialanwalt im Civilprozesse, der die Rechte seiner Partei, soweit dies sein juristisches Gewissen zuläßt, vor Gericht wahrzunehmen hat. Sie ist insofern sogar günstiger gestellt, als sie kraft eigenen Rechtes die Verfolgung wegen absoluter Aussichtslosigkeit verweigern kann. Thut sie aber das letztere in Fällen, wo ihr selbst die Rechtsfrage zweifelhaft geblieben ist, so funktioniert damit ein im öffentlichen Interesse höchst wichtiger Bestandteil des strafprozessualischen Apparates in der seinem Zwecke geradezu entgegengesetzten Richtung. Und insbesondere wird auf diese Art die Wirkung solcher Gesetze lahmgelegt, welche, wie das Reichsgesetz über den Wucher, mit Rücksicht auf die Schwierigkeit ihrer Anwendung erst im Wege ausgiebiger Judikatur

sowohl der Civil- als der Strafgerichte ihren vollen Inhalt und ihre volle praktische Bedeutung gewinnen können. Ob ihre von den Civilurteilen abweichende Würdigung des Falles mehr dessen thatsächliche oder dessen rechtliche Seite betrifft, läßt der oben mitgeteilte Bescheid der K. Staatsanwaltschaft nicht erkennen. Immerhin spricht für die letztere Annahme eine gewisse Wahrscheinlichkeit insofern, als erhebliche thatsächliche Differenzpunkte in dem Rechtsstreit nicht hervorgetreten waren. Wie es aber auch hiemit sich verhalten mag, so dürfte jedenfalls die gegebene Begründung zu beanstanden sein, während die Entscheidung selbst jedem versuchten Einwand völlig entrückt ist, sobald angenommen werden will, die K. Staatsanwaltschaft habe die Feststellungen und rechtlichen Ausführungen nicht nur des Amtsgerichts —, sondern auch der K. Civilkammer — für zweifellos unhaltbar erachtet [1]).

1) Von den Kommentatoren der St.P.O. behandeln die Stellung der Staatsanwaltschaft speziell zu zweifelhaften Rechtsfragen: Löwe, § 168 Note 5, Stenglein, § 168 Note 5., John, § 168 Note 2. Zu weit geht wohl Löwe, wenn er der Staatsanwaltschaft die Befugnis zur selbständigen Beantwortung zweifelhafter Rechtsfragen für die Regel abspricht, und jedenfalls die Unterlassung der Klage im Widerspruch mit der Ansicht der Gerichte, insbesondere des höchsten Gerichtshofs, für unstatthaft erklärt. Mit Recht führt hiegegen Stenglein aus, daß der Staatsanwalt, vorbehältlich der Weisungen seiner Vorgesetzten, der eigenen Rechtsansicht zu folgen habe, macht aber sofort die bedenkliche Ausnahme, es werde vermöge des Legalitätsprinzips einer herrschenden Ansicht durch die Staatsanwaltschaft Rücksicht zu tragen sein. Wider beide bemerkt John, auf die Ansicht des einzelnen staatsanwaltlichen Beamten komme es überhaupt nicht an, sondern auf die des Chefs der Staatsanwaltschaft, in erster Linie auf die des örtlichen Chefs, in letzter Eventualität auf die des Chefs der Landesjustizverwaltung. Diese haben im Weg der Interpretation des Gesetzes des Landes unabhängig von den Urteilen der Gerichte zu eruieren, welche Verpflichtung § 152 der St.P.O. den einzelnen staatsanwaltlichen Beamten auferlege. — Nun dürfte doch Sache nicht der Gesetzgebung, sondern der Instruktion die Bestimmung sein, ob und inwieweit der staatsanwaltliche Beamte gehalten ist, die ihm bei Behandlung des einzelnen Falles aufsteigenden rechtlichen Bedenken im Weg der Anfrage zur Kenntnis und Entscheidung seines Vorgesetzten zu bringen. Wo aber eine solche Verpflichtung nicht statuiert ist, und

IV.

Mitteilungen aus dem württ. Landesstrafrecht.

Von

Herrn Dr. Bälz, Hilfsstaatsanwalt in Hall.

Die nachstehenden Mitteilungen schöpfen ihre Berechtigung nicht sowohl aus der Wichtigkeit des Gegenstandes, als aus der Annahme, daß sie manchem Praktiker nicht unwillkommen sein dürften. Während wir nämlich über das Reichsstrafgesetzbuch und die Reichsstrafprozeßordnung außer zahlreichen Lehrbüchern treffliche Kommentare, wie die von Olshausen, Löwe u. A., besitzen, und auch der bisher vernachlässigte Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs über die Uebertretungen nunmehr in der neuesten (3.) Auflage des Kommentars von Olshausen eine gründ-

eine Weisung nicht vorliegt, kann wohl darüber kein Zweifel sein, daß der mit der Sache befaßte Staatsanwalt seiner Ueberzeugung, und nur dieser, zu folgen hat. Welchen Einfluß auf diese Ueberzeugung er der Rechtsprechung oder der herrschenden Ansicht einräumen will, ist sicherlich seine Sache. Kommt er in einer nach allgemeinem Dafürhalten zweifelhaften Frage mittelst eigener Prüfung zu dem sicheren Resultat, daß eine strafbare Handlung nicht angezeigt sei, so ist ebendamit für ihn die Frage keine zweifelhafte mehr, und es ist alsdann nicht abzusehen, wie gerade das Legalitätsprinzip ihn sollte ermächtigen können, auf die bloße Autorität der Theorie und der Gerichte hin im Widerspruch mit dem von ihm erkannten Inhalt des Gesetzes einzuschreiten. Ist umgekehrt das Ergebnis seiner Prüfung die Strafbarkeit der Handlung, so wird eine entgegengesetzte Anschauung selbst des Reichsgerichtes ihn von der Erfüllung seiner Amtspflicht nicht entbinden können. Gelangt er aber zu einer bestimmten Ueberzeugung überhaupt nicht, so muß, soll die Verfolgung nicht geradewegs seinem Belieben überlassen bleiben, doch ein maßgebender Grundsatz für seine Entschließung aufgefunden werden. Nun ist es um die Unparteilichkeit gewiß eine schöne Sache, und auch der Grundsatz: »in dubio in mitius« hat am gehörigen Platz seine unbestreitbare Berechtigung Aber ebenso gewiß gibt es Stellungen, in welchen die Parteinahme Pflicht ist, und die Partei, welche die Staatsanwaltschaft im Zweifel zu ergreifen hat, ist doch sicherlich nicht die des Beschuldigten, sondern die Partei der ihrem Schutze anvertrauten öffentlichen Interessen.

liche Behandlung erfahren hat, während ferner das Reichsgericht durch die umfangreiche Veröffentlichung seiner Entscheidungen in Strafsachen — es ist bereits der 21. Band erschienen — schon viele Streitfragen klargelegt hat, ist es mit zugänglichen gerichtlichen Erkenntnissen über zweifelhafte Fragen unseres Landesstrafrechts ziemlich dürftig bestellt. Zwar hat das württ. Polizeistrafrecht einen sorgfältigen Erläuterer in Schicker gefunden, allein auch seinem Werke fehlt fast überall die Stütze der Rechtsprechung, weil über viele Bestimmungen unseres Landesstrafrechts wohl Urteile vorhanden, diese aber unbekannt sind. Die Erörterung von Fragen aus unserem Landesstrafrecht dürfte deshalb eine besondere Aufgabe dieser Jahrbücher sein.

1.

Der Verkauf, das Anbieten oder Feilhalten von Losen auswärtiger, in Württemberg nicht genehmigter Lotterien an verschiedene Personen dieses Staates ist eine einheitliche Gesamtstrafthat. Württ. Polizeistrafgesetz Art. 7 Ziff. 3.

Der Lotteriekollekteur O. in Hamburg hat Ende des Jahres 1889 und anfangs des Jahres 1890 an Personen in den Bezirken Spaichingen, Oehringen, Horb, Leutkirch und Heidenheim durch die Post von Hamburg aus Briefe mit dem bekannten Anerbieten von Losen der (198.) Hamburger Staatslotterie versandt. Hiewegen ist O. auf Grund des württ. Polizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871 Art. 7 Ziff. 3:

„Der Strafe des § 360 des Strafgesetzbuchs (Geldstrafe bis zu 150 M. oder Haft) unterliegt:

3) wer Lose von auswärtigen Lotterien, welche die erforderliche Genehmigung der zuständigen inländischen Behörde (Ministerium des Innern) nicht erlangt haben, verkauft, anbietet oder feilhält"

je durch Strafbefehl mit Geldstrafen belegt worden und zwar vom Amtsgericht Spaichingen (Angebot eines Loses am 12. Nov. 1889) am 18. Jan. 1890 von 10 M., vom Amtsgericht Oehringen (Angebot von 3 Losen anfangs Dezember 1889) von

50 M. — hier war O. über seine That richterlich vernommen worden und hatte eingeräumt, im Herbst 1889 im Zeitraum von 4—5 Wochen mehrere tausend Lotterie-Prospekte derart nach Württemberg gesandt zu haben, daß er täglich einige hundert zur Post gab, — und vom Amtsgericht Horb wegen eines am 18. April 1890 von Hamburg nach Mühringen abgesandten Losangebots am 5. Mai 1890 von 80 M. Der letztere Strafbefehl ist dem O. am 8. Mai zugestellt worden. Am 8. Mai 1890 hat das Amtsgericht Horb einen zweiten Strafbefehl von 80 M. gegen O. wegen eines weiteren, am 5. Mai 1890 von Hamburg nach Mühringen abgesandten Losangebots erlassen. Gegen diesen Strafbefehl hat O. Einspruch erhoben und in der mündlichen Verhandlung seine Freisprechung beantragt unter Berufung auf ein von ihm vorgelegtes Urteil des Reichsgerichts (3. Strafsen.) vom 31. Mai 1888 in der Strafsache gegen den Lotteriekollekteur Kl. in Hamburg wegen unerlaubten Losanbietens. Die der Revision des Angeklagten stattgebende, bisher nicht veröffentlichte Entscheidung beruht auf dem preußischen Recht, von allgemeiner Bedeutung sind jedoch folgende Stellen:

„Das angefochtene Urteil (des Landgerichts zu Flensburg) erachtet für erwiesen, daß der Angeklagte im November, bezw. Dezember 1887 an sechs Personen Druckpapiere, enthaltend Aufforderungen zum Spielen in der Hamburger Lotterie versendet hat, stellt lediglich hierauf thatsächlich fest, Angeklagter habe sich „durch sechs selbständige Handlungen" dem Verkauf von Losen einer auswärtigen, in Preußen nicht zugelassenen Lotterie unterzogen, und hat den letzteren unter Anwendung der §§ 1, 2 des preuß. Ges. vom 29. Juli 1885, bezw. § 74 St.G.B.'s zum sechsfachen Betrage der für jeden Einzelfall auf 30 M. arbitrierten Geldstrafe verurteilt. Auch abgesehen von der verfehlten Bezugnahme auf § 74 statt § 78 St.G.B.'s ist diese Begründung der Annahme von Realkonkurrenz, wie die Revision mit Recht rügt, unzureichend. — — Es erscheint nach der Entstehungsgeschichte, wie nach dem Wortlaut des Gesetzes „sich dem Verkauf von Losen — unterziehen", bezw.

„solchen Verkauf befördern" nicht zweifelhaft, daß die Gesetzgebung mit ihrer Strafandrohung es für den Thatbestand des fraglichen Delikts für gleichgiltig erachtet, welche Zahl von Losen, ob eines oder wie viel sonst, gespielt oder vertrieben worden sind. Auch das Spielen oder Vertreiben einer Mehrzahl verschiedener Lose kann an sich als ein nur einmaliges Zuwiderhandeln gegen das Gesetz qualifiziert werden. Um jedes Los zum Gegenstand eines für sich bestehenden selbständigen Delikts zu erheben, müssen objektiv, wie subjektiv besondere Umstände festgestellt werden, aus welchen das Nichtvorhandensein kollektiver Deliktseinheit und die Notwendigkeit der Annahme von Realkonkurrenz erhellt (Rechtsprechg d. R.G.'s Bd. IV S. 686 ff.; Entsch. d. R.G.'s in Strafs. Bd. XII S. 115 ff.). — — Das angefochtene Urteil enthält schlechterdings nichts an thatsächlichen Anhaltspunkten, welche sich für die Unterstellung eines auf verschiedenen selbständigen Entschlüssen beruhenden und in verschiedenen, von einander unabhängigen Thätigkeitsakten zur Erscheinung gekommenen Delinquierens verwerten ließen. Dies war vorliegenden Falls um so notwendiger, als, wenn die Versendung der verschiedenen Lotterieofferten etwa auf einer vom Angeklagten seinem Comptoirpersonal gegebenen Anweisung beruhte, ein solcher Umstand wesentlich gegen die Annahme realer Konkurrenz in's Gewicht fallen müßte."

Das Schöffengericht Horb hat am 30. Mai 1890 den O. zu der Geldstrafe von 100 M., für den Uneinbringlichkeitsfall zu 10 Tagen Haft, verurteilt. Ueber die Bezugnahme des Angeklagten auf das Reichsgerichtsurteil sagen die Gründe:

„Hiebei wird aber völlig verkannt, daß es sich in Württemberg um eine ganz andere Strafandrohung handelt, daß also jene Entscheidung aus diesem Grunde hier unanwendbar bleiben muß. — — In Preußen sind auch diese Verfehlungen als Vergehen gekennzeichnet. Das württ. Polizeistrafgesetz bedroht aber denjenigen, der Lose einer nicht zugelassenen Lotterie anbietet, verkauft oder feilhält. Es ist allerdings klar, daß auch hier im Einzelfall eine Mehrheit gleichartiger Verfehlungen als Gesamtthat erscheinen kann. Aber gerade das Anbieten

vermittels einzelner, an verschiedene Personen und zu verschiedenen Zeiten gesandter Drucksachen stellt ohne Zwang an sich und gerade im vorliegenden Fall eine die Strafandrohung und ihre Merkmale erschöpfende, für sich abgeschlossene Handlung dar. Dies war wohl auch die Absicht des Gesetzgebers, der diese Verfehlungen daher nur als Uebertretungen bezeichnete. Das Vorhandensein von Realkonkurrenz ist für solche Fälle auch durch ein Urteil der Strafkammer des K. Landgerichts Rottweil festgestellt."

In der Berufungsinstanz hat die Strafkammer des K. Landgerichts Rottweil am 8. Juli 1890 den O. freigesprochen.

Nach der Feststellung, daß O. vor Empfang des rechtskräftigen Strafbefehls vom 5. Mai 1890 wegen des ersten Angebots das den Gegenstand der Anklage bildende zweite Losangebot gemacht habe, fahren die Gründe fort: „Da dem Angeklagten zur Zeit der Absendung des letzteren jener Strafbefehl noch nicht zugekommen war, so glaubte man in der zweiten Handlung nur eine Fortsetzung der ersten zu erkennen zu haben, jene also nicht als eine selbständige Handlung ansehen zu dürfen."

Inzwischen war vom Amtsgericht Leutkirch am 12. Juni 1890 gegen O., weil er am 17. und 18. April, sowie am 5. und 6. Mai 1890 200 Personen im Bezirk, fast alle in der Gemeinde Hofs, brieflich Lose angeboten hatte, in der Annahme einer rechtlich einheitlichen Handlung ein Strafbefehl mit der Geldstrafe von 150 M., für den Uneinbringlichkeitsfall mit der Haftstrafe von 15 Tagen, erlassen worden. In der infolge Einspruchs stattgehabten Hauptverhandlung beantragte O. die Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung des Rottweiler Gerichts, da nach dem erwähnten Reichsgerichtsurteil durch den Strafbefehl des Amtsgerichts Horb vom 5. Mai d. J. auch das Losanbieten im Bezirk Leutkirch schon bestraft sei. In dem späteren Termin beantragte die Amtsanwaltschaft die Verurteilung des O. unter Berufung auf das Urteil des Amtsgerichts Horb, der Angeklagte seine Freisprechung unter Berufung auf das Urteil des Landgerichts Rottweil.

Der Angeklagte wurde freigesprochen.

Gründe.

1. Durch das Erkenntnis der Strafkammer zu Rottweil sind infolge der Annahme einer fortgesetzten Straftat sämtliche unerlaubte Losanerbieten des Angeklagten in Württemberg vor dem 8. Mai 1890 und damit auch die zur Aburteilung stehenden gesühnt. Ganz unerheblich ist, daß im Thatbestand des Rottweiler Urteils beide Anerbieten an Personen in derselben Ortschaft gemacht wurden. Der Angeklagte hat, wie die nach Hofs gehenden Briefe beweisen, in jener Zeit und insbesondere am 5. Mai 1890 nicht etwa den Entschluß gehabt, bloß nach Mühringen O.A. Horb Anerbieten zu machen, sondern nach dem seinem Geschäfte verschlossenen Württemberg überhaupt, um dessen örtliche Einteilung er sich nicht kümmerte; es trifft hier vollauf das in der angeführten Reichsgerichtsentscheidung gegebene Beispiel der einen Anweisung zur Versendung mehrerer Offerte zu.

2. Allein in der Handlungsweise des Angeklagten ist in dem jetzt abzuurteilenden Fall nicht sowohl ein fortgesetztes Thun, als eine einheitliche Gesamtstraftat (sog. Kollektivdelikt) zu erblicken. Fortgesetzt — um dessenwillen nicht, weil nach dem erwähnten Beispiel eine Versendungsanweisung, also die That eines Augenblicks, zur Hervorbringung örtlich und zeitlich verschiedener Wirkungen genügt, während die fortgesetzte Strafthat gewisse kurze Ruhepausen zwischen den einzelnen Handlungen des Thäters erfordert. Im vorliegenden Fall steht das „Anbieten" auswärtiger, nicht zugelassener Lose in Württemberg in Frage und zwar ist dasselbe im Gesetz zusammengestellt mit dem „Verkaufen" und „Feilhalten" solcher Lose. Wenn nun auch kein Zweifel darüber obwalten kann, daß der Verkauf, das Anbieten oder Feilhalten eines einzigen derartigen Loses strafbar macht, so bedeutet doch das Wort „Feilhalten" in der Verkehrssprache die Zurverfügungstellung von Sachen gegen Entgelt an eine unbestimmt große Anzahl von Personen. Bei dem „Anbieten" ist darauf hinzuweisen, daß das Anbieten verbotener Lose in einer Zeitung stets an eine Menge von Personen gerichtet ist und doch wird dasselbe

gewiß immer als eine Handlung erscheinen. Ebenso unbestritten wird der an verschiedene Personen gerichtete Bettel als eine einheitliche Gesamtstrafthat behandelt [1]). Art. 7 Ziff. 3 des württ. Pol.St.G.'s will den Vertrieb jener Lose als solchen bedrohen, er hat nach seinem Wortlaut gerade den gewerbsmäßigen Vertrieb im Auge, die Berücksichtigung des Umfangs desselben lediglich der Strafausmessung überlassend. Endlich ist noch zu beachten, daß der strafbare Wille bei all' den Einzelhandlungen sich stets gegen dasselbe Rechtssubjekt, nämlich den württembergischen Staat, richtet und gegen dasselbe Rechtsgut, nämlich seine gesetzliche Ordnung, bezw. gegen seinen Vermögenskreis, insofern Stempelgebühren in Betracht kommen [2]). Erblickte man in jedem einzelnen Losanerbieten eine selbständige Strafthat, so wäre im vorliegenden Falle allein nach R.St.G.B. § 78 auf 200 Geldstrafen, die allerdings in eine Gesamtstrafe zusammenzufassen wären, zu erkennen; schon die im Gesetz angedrohte Strafe weist darauf hin, daß dies unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann."

Die von der Amtsanwaltschaft zur Entscheidung der Rechtsfrage eingelegte Berufung ist auf Weisung der Staatsanwaltschaft Ravensburg zurückgenommen worden, weil den Rechtsausführungen des Urteils des Schöffengerichts Leutkirch beizutreten sei.

---

1) Das Gleiche gilt für die unerlaubte Rückkehr i. S. des § 361 Nr. 2 St.G.B.'s. Deshalb kann es als verfehlt bezeichnet werden, wegen dieser Uebertretungen, sowie wegen der Dauerstrafthat der Landstreicherei, wegen gewerbsmäßiger Unzucht oder wegen Führung falscher Legitimationspapiere Steckbriefe zu erlassen, weil bis zur Ergreifung des Verfolgten dieser inzwischen meist wegen der gleichen Strafthat schon bestraft und dadurch auch die verfolgte That gesühnt ist; diese Steckbriefe verursachen nur unnötige Kosten.

2) Art. 7 Ziff. 3 ist, wie § 286 St.G.B.'s, einem sittenpolizeilichen Gesichtspunkt entsprungen (Olshausen, Komm. z. St.G.B. N. 1 zum 24. Abschnitt), seine Verletzung ist also ein Delikt gegen die allgemeinen und nicht gegen die persönlichen Rechtsgüter, das beweisen die Staatslotterien in den meisten Staaten des Deutschen Reichs. A. M. H. Meyer, Strafr. (4. Aufl.) S. 751.

Als weitere Folgerung ergiebt sich, daß auch der Verkauf, das Anbieten und Feilhalten *nebeneinander*, sowie von Losen *verschiedener* ungenehmigter Lotterien nur *eine* Strafthat bilden.

Ob das Reichsgericht in seiner angeführten Entscheidung vom 31. Mai 1888 ein *an sich einheitliches* (kollektives) oder nur ein *fortgesetztes* Vergehen angenommen hat, geht aus derselben nicht mit Sicherheit hervor. Für die erste Auffassung spricht der Wortlaut, namentlich die Bezeichnung „kollektive Deliktseinheit", für die zweite die Anführung des Urteils des Reichsgerichts (3. Straffen.) vom 12. März 1885 [1]). Im Gegensatz zu dem gleichfalls angeführten Urteile des Reichsgerichts (2. Straffen.) vom 11. Juli 1882 [2]), das seinem Wortlaut nach ebenso vom Vorliegen eines Kollektivdelikts auszugehen scheint, wie das vom 31. Mai 1888, führt das Urteil vom 12. März 1885 aus: „lediglich die Grundsätze von *fortgesetzten* Vergehen können für die hier fragliche Anwendbarkeit des „ne bis in idem" in Betracht kommen". Es sei also Sache der *thatsächlichen* Auffassung des Richters, ob er in dem Vertrieb einer Mehrheit von Losen eine Deliktseinheit oder mehrere selbständige strafbare Handlungen finde.

Die Frage ist deshalb nicht unwesentlich, weil bei der *einheitlichen Gesamtstrafthat* (Kollektivdelikt) ein Straferkenntnis begriffsgemäß alle bis zu demselben begangenen Einzelfälle, auch die bei Erlaß desselben nicht bekannten, tilgt [3]), nicht aber beim *fortgesetzten* Vergehen; hier ist es dem freien Ermessen des Richters überlassen, ob er solche vor dem Urteil begangene, aber erst nach Erlaß desselben bekannt gewordene Fälle nur als Teile der schon bestraften That ansieht oder — so gerade in dem Reichsgerichtsurteil vom 12. März 1885 — als selbständige Handlungen [4]). Es

1) Entsch. d. R.G.'s in Straff. Bd. XII, S. 115.
2) Rechtsspr. d. R.G.'s Bd. IV, S. 686.
3) Entsch. d. R.G.'s in Straff. Bd. VII, S. 32, 229, VIII, S. 16.
4) Entsch. d. R.G.'s in Straff. Bd. IX, S. 344.

bedarf kaum eines besonderen Hinweises, daß die im letzten Fall mögliche verschiedene Beurteilung bei dem Betroffenen naturgemäß das Gefühl der Willkürlichkeit hervorrufen muß.

Verlangt man aber beim unerlaubten Losvertrieb mit dem Reichsgericht den Nachweis besonderer Umstände für den Ausschluß der Deliktseinheit, *so ist die Annahme einer einheitlichen Gesamtstrafthat zwingend, andernfalls wäre bei dieser strafbaren Handlung das fortgesetzte Vergehen die Regel und dies trifft bei keinem Strafgesetz zu.* Allein es ist kein Grund abzusehen, weshalb nur diejenigen strafbaren Handlungen als Kollektivdelikte gelten sollten, bei denen das Strafgesetz- die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit *ausdrücklich* hervorhebt. Es kann nämlich eine strafbare Handlung schon deshalb von Anfang an eine gewerbsmäßige sein, weil sie von einer bestimmten Person ausgeht. So gerade im gegebenen Fall. Das unerlaubte Anbieten eines einzigen Loses durch einen Lotteriekollekteur ist ein gewerbsmäßiges, so gut, wie der von 100 Losen, weil dasselbe den begonnenen Gewerbebetrieb darstellt; im vorliegenden Fall stand die Gewerbsmäßigkeit vollends außer allem Zweifel, weil nach seinem eigenen Geständnis der Angeklagte als Lotteriekollekteur nach einem bestimmten Plane Wochen lang täglich hunderte Angebote von Losen derselben Lotterie in die verschiedensten Gegenden Württembergs versandte. Zu beachten ist ferner, daß bei einer Reihe von Kollektivdelikten des Reichsstrafgesetzbuchs die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit kein Thatbestandsmerkmal, sondern nur einen straferhöhenden Umstand bildet, so in § 260 [1]), § 294 [2]), § 302 d [3]). Bei diesen Kollektivdelikten ist aber die Hervorhebung der Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit aus dem Grund unerläßlich, weil bei ihnen meist verschiedene Personen in ihren Vermögensrechten verletzt sind, also an sich selbständige Handlungen anzunehmen

1) Entsch. d. R.G.'s in Strafs. Bd. IV, S. 184; Bd. XIV, S. 356.
2) A. a. O. Bd. VII, S. 32.
3) A. a. O. Bd. IV, S. 390, XVIII, S. 100.

wären, beim unerlaubten Losvertrieb dagegen immer nur der Staat in seinem Verbietungsrecht.

Nachdem nun das Reichsgericht (1. Straffen.) bei der unerlaubten „Veranstaltung" einer Lotterie i. S. des § 286 St.G.B.'s den Verbrauch der Strafklage auch hinsichtlich des Losverkaufs angenommen und ausgeführt hat, die Sache liege hier ebenso, wie bei der unbefugten Ausübung eines Gewerbes [1]); so kann trotz der Verwahrung des Reichsgerichts dagegen in seinem oben erwähnten Urteil vom 12. März 1885 dieser Satz ohne Zwang auf den unerlaubten Losvertrieb durch einen Lotteriekollekteur angewandt werden. Jedenfalls gewinnt damit die Rechtsprechung eine festere und sicherere Grundlage, als mit dem stets ziemlich flüssigen Begriff des fortgesetzten Vergehens.

Die hier vertretene Auslegung des Art. 7 Ziff. 3 Pol.-St.G.'s vermag endlich bei richtiger Handhabung des Gesetzes auch das Interesse des württembergischen Staates, der stolz darauf sein kann, keine Staatslotterie zu besitzen, an der Verhinderung der Spielsucht nicht zu gefährden, zutreffenden Falls könnte aber nur eine Schärfung des Gesetzes in Frage kommen.

Das Schöffengericht Heidenheim hat am 28. Juli 1890 den Angeklagten O., der Einspruch gegen einen Strafbefehl vom 2. Juni 1890 mit einer Geldstrafe von 40 M. wegen eines am 18. April 1890 in den Bezirk gesandten Losanerbietens erhoben hatte, ebenfalls freigesprochen, weil in dem letzteren und in dem am nämlichen Tage in den Bezirk Horb geschickten Anerbieten „nur eine Handlung, die Folge eines und desselben Entschlusses, zu erblicken ist".

2.

Beschränkung der in Württemberg für die Fälle des § 39 R.St.P.O. und für Forstrügesachen geltenden vereinfachten Zustellungsweise auf Zustellungen innerhalb des Landes.

Während nach R.St.P.O. § 37 auf Zustellungen im Strafverfahren die Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung über

1) Entsch. in Straff. Bd XI S. 211, bes. 214; auch Bd. VIII S. 292.

Zustellungen im allgemeinen entsprechende Anwendung finden, können nach R.St.P.O. § 39 für das die öffentliche Klage vorbereitende Verfahren, für die Voruntersuchung und für das Verfahren bei der Strafvollstreckung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung einfachere Formen für den Nachweis der Zustellung zugelassen werden. Von dieser Befugnis hat das württ. Justizministerium in seiner Verfügung vom 9. September 1879 (Reg.Bl. S. 351 ff.) durch die Anordnung in § 1 Gebrauch gemacht, daß in den genannten Fällen, sowie in dem amtsgerichtlichen Verfahren in Forstrügesachen (Art. 23 des Forststrafgesetzes) die Zustellungen *in der Regel* durch die Unterbediensteten der Gerichts- oder Gemeindebehörden (bei letzteren unter Vermittlung der Ortsvorsteher) zu erfolgen haben [1]). § 4 bestimmt:

„Wenn *ausnahmsweise* wegen der besonderen Beschaffenheit des Falles angeordnet wird, daß die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post nach den Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung bewirkt werden solle, so ist der Grund hiervon in den Akten anzugeben."

Die Verfügung nennt solche Ausnahmefälle nicht, sie hätte auch nur Beispiele anführen können. Ein solcher Ausnahmefall liegt nun vor, wenn die Zustellung an eine außerhalb Württembergs befindliche Person zu bewirken ist. Da nämlich das Zustellungswesen als ein Teil des gerichtlichen Verfahrens dem öffentlichen Rechte angehört, so kann ein Staat die besondere Art seines Zustellungswesens nur innerhalb seines Gebietes gültig durchführen; die Anwendung derselben in einem fremden Staatsgebiet ist unverbindlich, sie vermag keine Rechts-

1) Der während des Drucks ergangene Erlaß des Justizministeriums vom 4. April 1891 (Amtsbl. S. 32) dehnt die vereinfachte Zustellung auf die staatsanwaltlichen Bescheide gem. St.P.O. §§ 169 und 170 Abs. 1 aus. Hier ist sie ohne Beschränkung auf Württemberg gültig, weil § 169 keinen Nachweis, § 170 nur den des Zeitpunkts der Bekanntmachung wegen des Fristenlaufs, nicht aber eine bestimmte Form des Nachweises verlangt; umgekehrt hält aber deshalb auch eine andersförmige Bekanntmachung den Fristenlauf nicht auf. Löwe, Komm. z. St.P.O. (6. Aufl.) N. 4 hält die formelle Zustellung für erforderlich.

wirkungen zu erzeugen, insbesondere kann eine an die Zustellung gebundene gesetzliche Frist nicht zu laufen beginnen. Nur dann hat die vereinfachte Zustellung auch in einem andern Staate Geltung, wenn dieser fremde Staat für denselben Fall die gleiche Zustellungsweise hat; hier handelt es sich dann aber nicht um einen Uebergriff in einen fremden Rechtskreis, sondern die vereinfachte Zustellung hat hier um deswillen Wirkung, weil sie den Gesetzen des Ortes ihrer Vornahme entspricht und mehr nicht verlangt werden kann. Eine andere, kaum zu bejahende Frage ist die, ob beim Gelten einer vereinfachten Zustellungsweise am Orte der Zustellung, nicht aber am Sitz des zustellenden Gerichts, eine Zustellung in der einfacheren Form genügt [1]).

Die Frage der Anwendbarkeit der in Württemberg als Regel vorgeschriebenen vereinfachten Zustellungsweise gegenüber von Personen außerhalb des Landes war im nachstehenden Rechtsfall zu entscheiden.

Das Amtsgericht L. hatte am 8. Okt. 1888 gegen den Schäfer N. von O. in Bayern wegen unbefugten Weidens in einem württ. Walde einen Strafbefehl mit einer Geldstrafe von 46 M. erlassen. Dieser Strafbefehl war dem Beschuldigten am 23. Okt. 1888 durch sein Bürgermeisteramt mittels Aushändigung gegen Empfangsbescheinigung zugestellt worden, also in der in Württemberg gültigen Form. Der Beschuldigte erhob keinen rechtzeitigen Einspruch gegen den Strafbefehl; erst als die Geldstrafe zwangsweise beigetrieben werden sollte, stellte er durch einen Verteidiger das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist und erhob gleichzeitig Einspruch gegen den Strafbefehl, da er zur Zeit der That zu Hause gewesen sei.

Das Amtsgericht L. ersuchte das benachbarte bayrische Amtsgericht M. um Auskunft, in welchen Formen in Bayern die Zustellung von Strafbefehlen in Forststrafsachen zu erfolgen habe, insbesondere, ob hiefür, wie in Württemberg, einfachere

1) Vgl. C.P.O. §§ 182—185; Entsch. d. R.G.'s in Strafs. B. XX, S. 297.

Formen zuzulassen seien und welche. Die Antwort ergab, daß in Bayern die Zustellungen in Forstrügesachen durch Justizministerialverordnungen geregelt sind und zwar in der Weise, daß in Bezug auf die Art der Zustellung überhaupt die Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung im allgemeinen maßgebend sind — bei Strafbefehlen immer, nur bei Ladungen zur Hauptverhandlung geschieht die Niederlegung der zu übergebenden Abschrift der Ladung bei dem Gemeindevorstand, ohne daß es darauf ankommt, ob derselbe am Orte der Zustellung seinen Wohnsitz hat; er ist jedoch verpflichtet, die ihm übergebene Abschrift sogleich an den Vorzuladenden gelangen zu lassen. Alle Zustellungen in Forstrügesachen sollen von dem Gerichtsvollzieher oder dessen Gehilfen persönlich gemacht werden; Ausnahmen — also durch die Post — giebt es nur auf richterliche Anordnung. Ist eine Zustellung in einem andern Amtsgerichtsbezirk zu bethätigen, so wird der Gerichtsschreiber jenes Bezirkes von dem Gerichtsschreiber des zustellenden Gerichtes um Beauftragung eines dortigen Gerichtsvollziehers mit der Zustellung ersucht.

Auf Grund dieser Auskunft erließ das Amtsgericht L. am 14. Febr. 1889 den Beschluß:

in Erwägung

1) daß im Königreich Bayern für die Form der Zustellung der Strafbefehle in Forstrügesachen die Vorschriften der Reichscivilprozeßordnung maßgebend sind, die durch Vermittlung des Ortsvorstehers bewirkte Zustellung also nicht genügt, wie dies in Württemberg auf Grund des § 1 der Just.-Min.-Verfügung vom 9. Sept. 1879 der Fall ist;

2) daß der Strafbefehl des Kgl. Amtsgerichts L. vom 8. Oktober 1888 dem Beschuldigten durch das Bürgermeisteramt O. und nicht durch den Gerichtsvollzieher zugestellt worden ist;

3) daß hienach dieser Strafbefehl überhaupt noch nicht in rechtsgültiger Form zugestellt ist und deshalb die Einspruchsfrist St.P.O. § 449 Abs. 1 noch nicht zu laufen begonnen hat, somit auch die gegen die Versäumung dieser Frist

gemäß St.P.O. § 44 ff. nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Frage kommt, und ferner der von dem Beschuldigten vorsorglich eingelegte Einspruch *vor* der gültigen Zustellung des Strafbefehls wirkungslos ist, St.P.O. § 449 Abs. 1 vergl. auch § 344 Abs. 1, § 353 Abs. 2, § 355 Abs. 2 [1]),

den Strafbefehl dem Beschuldigten gemäß St.P.O. § 37 zuzustellen [2]).

1) Dieser Satz von der Unwirksamkeit des Einspruchs vor der Zustellung des Strafbefehls könnte beanstandet werden, nachdem das Reichsgericht die Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil schon vor dessen Zustellung wiederholt für zulässig erklärt hat (Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. III S. 408, Bd. IX S. 420). Allein der im Versäumnisverfahren Verurteilte weiß schon vor der Zustellung des Urteils genau, worauf dasselbe lautet, der von einem Strafbefehl Betroffene wird dagegen vor dessen Zustellung meist nur die Strafe, nicht aber das angewandte Strafgesetz und die Beweismittel kennen, er ist also nicht in der Lage, sich über die Möglichkeit, den Einspruch mit Erfolg einzulegen, schlüssig zu machen Es hat denn auch das Reichsgericht mehrmals ausgesprochen, daß der Verzicht auf die Revision unwirksam ist, wenn das Urteil ohne Mitteilung der Gründe publiziert und der Verzicht zu einer Zeit erfolgt ist, wo das schriftliche Urteil mit den Gründen dem Angeklagten noch nicht zugestellt war (Entsch. d. R.G.'s in Strafs. Bd. I S. 192, II S. 78, vgl. auch XIX S. 390). Wenn aber in einem solchen Fall, in dem doch der Angeklagte der Verhandlung beigewohnt, das Für und Wider gehört und sich selbst ein Urteil gebildet hat, *vor der Zustellung auf das Rechtsmittel nicht wirksam verzichtet* werden kann, so ist der Schluß begründet, daß es dann auch *nicht wirksam eingelegt* werden kann. Was für die Revision gilt, gilt auch für den Einspruch, denn wenn derselbe auch kein Rechtsmittel i. S. der St.P.O. ist, so sind doch die Fristbestimmungen für beide die gleichen. Es dürfte sich deshalb die Unterscheidung *Löwe's* in seinem Komm. z. St.P.O. (6. Aufl.), der beim Verzicht dem Reichsgericht beitritt (Note 2 zu § 344), dagegen die Wirksamkeit einer nach der Erlassung der Entscheidung stattfindenden Einlegung eines Rechtsmittels dadurch nicht beeinträchtigt werden läßt, daß die Entscheidung dem Beschwerdeführer noch nicht bekannt gemacht war, also der Lauf der Einlegungsfrist für ihn noch gar nicht begonnen hatte (Note 2 zum 1 Abschn. d. 3. Buchs, S. 702), kaum rechtfertigen lassen.

2) Fraglich ist, ob die Sache nicht sofort zur Hauptverhandlung zu bringen gewesen wäre. Allein, nachdem der Strafbefehl einmal erlassen

Um die Zustellung wurde die Gerichtsschreiberei des bayer. Amtsgerichts L. ersucht.

In der Hauptverhandlung stellte sich die völlige Unschuld des R. heraus, der noch nie in den Bezirk L. gekommen war; der wirkliche Thäter hatte seinen Namen mißbraucht.

V.

Unterliegen die Forderungen des Staats (Fiskus) auf Rückersatz der für die Zöglinge, Alumnen etc. der württemb. theologischen Konvikte, Seminarien, der Schullehrerseminarien aufgewendeten sog. Studienkosten dem württ. Verjährungsgesetze vom 6. Mai 1852 Art. 1 Z. 6?

Von

Herrn Amtsrichter Betz in Tuttlingen.

I. Zu wiederholten Malen wurde in Debatten der württ. Kammern die Aufmerksamkeit auf die Frage gelenkt, wie es mit dem Ersatze der erwähnten Kosten zu halten sei, wie die Staatsfinanzverwaltung sicher zu solchem komme, bezw. welche Kautelen einzuhalten seien, um wo möglich — zur Vermeidung von pekuniären staatlichen Opfern — die kostenlose Ausnützung der Konvikte, Seminarien zu anderen als pastorellen, bezw. Lehr-Berufen, zu hintertreiben. Kaum ist zu bestreiten, daß mehr, als ein Posten, als uneinbringlich und verloren gilt; noch häufiger würde dies der Fall sein, wenn der Anspruch auf Ersatz der kurzen 3jährigen Verjährung unterworfen wäre und der Verlust — bei unbewußt saumseliger Beitreibung seitens der Finanzbehörden — eine legale Begründung für die Prinzipal- und bezw. Nebenschuldner hätte. Weil nun da und dort schon

---

und der Amtsanwaltschaft f. F.R.S. vorgelegt worden war, stand dem Gericht zur Aufhebung des Strafbefehls und zur sofortigen Anberaumung der Hauptverhandlung wohl keine Befugnis mehr zu, zumal da im vorliegenden Fall der Strafbefehl von einem andern Richter erlassen worden war. Es entstand dadurch allerdings eine Weiterung bis zu der notwendig gewordenen Hauptverhandlung.

Zweifel in beregter Hinsicht auftauchten und, wie dem Verfasser bekannt, auch schon Prozesse anhängig wurden, in welchen die erwähnte Verjährung in Anspruch zu nehmen versucht wurde, so dürfte die Lösung der Frage oder wenigstens der Anstoß hiezu nicht als unberechtigt erscheinen.

II. Ohne sämtliche hieher maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen anführen zu wollen, mögen wenigstens einige der einschlägigen Normen erwähnt werden. Es sind solche: Die Kgl. Ver.O., betr. die von den Zöglingen der ev. Seminarien bei ihrer Aufnahme auszustellenden Verpfl.-Urkunden v. 19. November 1819 (Reg.Bl. S. 815—18), Kgl. Ver.O. v. 13. November 1829 § 9, 10 (Reg.Bl. S. 530, 531), Kgl. Ver.O. v. 21. Febr. 1829 über die Dienstprüfungen der ev. Kirchendiener (Reg.Bl. S. 115, 119), Verfügung des Minist. des Kirchen- und Schulwesens v. 4. Mai 1859, speziell §§ 16—20, bezw. 12. Oktbr. 1859 (Reg.Bl. S. 70 ff., 140 ff.), v. 13. September 1875 (Reg.Bl. S. 519/20), Kgl. Ver.O. v. 10. September 1875, betr. den von Zöglingen der ev. theol. Seminarien im Falle ihrer Entlassung aus dem Seminar-Verband zu leistenden Kostenersatz (Reg.Bl. S. 517), Verfügung des Minist. des Kirchen- u. Schulwesens v. 30. Aug. 1866 (Reg.Bl. S. 234), speziell § 9, Volksschulges. v. J. 1836, Art. 45, Minist.Verf. v. 24. Sept. 1878 (Reg.Bl. S. 231).

III. Bei oder vor Aufnahme in die betreffenden Anstalten müssen die, meistens minderjährigen, Kandidaten einen Revers unterschreiben, etwa dahin lautend: „Ich gebe andurch unter Mitwirkung meiner Eltern, des Pflegers 2c., die Erklärung ab, daß ich mich verpflichtet haben will, mich in dieser Anstalt für den kath. 2c. geistlichen Stand 2c. 2c. auszubilden, andernfalls aber die auf mich verwendeten Kosten nach dem hiefür bestehenden Tarif zu ersetzen." Gelegentlich des Austritts wird der Zögling veranlaßt, eine Urkunde etwa folgenden Inhalts zu unterzeichnen: „Ich erkläre, nachdem ich meine Entlassung erhalten, mich zur Rückerstattung der auf mich verwendeten Kosten, sowie zur baldmöglichsten Leistung des Ersatzes verpflichtet."

Nach dem Austritte ergehen seitens der betreffenden Behörden (Kameralämter ꝛc.) von Zeit zu Zeit Monitorien an die Extheologen oder ihre Garanten zur Zahlung, bezw. Aufforderungen zur Anerkennung der Schuld oder wenigstens zur Erklärung darüber, daß die von den Kameralämtern ꝛc. als solche bezeichnete Schuld noch nicht bezahlt sei. Unter Umständen führen diese zur Unterbrechung der Verjährung.

IV. Versuchen wir es, uns die Sache durch Gegenüberstellung eines unzweifelhaft unter die Ziff. 6 des Verjährungsgesetzes zu subsumierenden Anspruchs und des vorwürfigen Falls zu veranschaulichen.

1) Auf 15. Oktober 1886 trat ein minderjähriger Studiosus mit Genehmigung seines Vaters, Vormunds in ein Privatpensionat ein, auf 2 Semester, bis 15. Oktober 1887; nach dem Vertrage oder Statute waren die gegenseitigen Leistungen — Verabreichung von Kost, Wohnung, Heizung ꝛc. einerseits, die Bezahlung des Pensionatsgelds andererseits auf 1 J., 1 Semester, ¼ J., monatlich zum voraus oder je am Schluß festgesetzt. a) Die Beträge wurden bis Februar 1891 nicht bezahlt; die diesbezüglichen Ansprüche des Pensionatsinhabers sind mit Ablauf des 31. Dezbr. 1889, bezw. 1890 verjährt gemäß Art. 2, Art. 1 Z. 6 des Verj.-Gesetzes. b) Die Beträge waren — praenumerando — schon bezahlt, der Pensionszögling tritt aus oder stirbt, das Pensionat wird aufgehoben, aufgegeben z. B. am 15. Dezbr. 1886; hier muß — abgesehen von etwaigen besonderen Stipulationen ꝛc. ꝛc. — der Pensionatsherr, bezw. seine Erben dem Zögling, bezw. seinen Erben, seinem Vater ꝛc., den Rest, den über die Zeit des 15. Dezbr. 1886 hinaus zum voraus bezahlten Betrag, zurückerstatten, welcher Anspruch mit der condictio causa data causa non secuta zu verfolgen wäre, da die mit Rücksicht auf den bestimmten Zweck ꝛc. (causa) des Verweilens ꝛc. in dem Pensionat stipulierte Leistung (data) des Zöglings durch hinterherigen Wegfall, Vereitelung des Zwecks (causa non secuta) als eine hinfällige und zurückzuerstattende sich erwies. Dieser Rückersatzanspruch verjährt aber offenbar nicht in 3 J. (son-

dern nach der gewöhnlichen Verjährung), da auf solche Ansprüche der Wortlaut des Gesetzes nicht paßt, nicht etwa deshalb nicht, weil die juristische Konstruktion sich auf jene condictio zuspitzt, sondern weil das Verj.-Ges. nur die Ansprüche der betreffenden Anstalten (als Gläubiger) auf Bezahlung des Pensionatsgelds, Erstattung der für und an den Zögling gegebenen Vorschüsse 2c. der 3jähr. Verjährung unterwirft, nicht aber auch umgekehrt die Ansprüche des Zöglings auf Rückerstattung gegen den Pensionatsherr [1]).

2) Bei dem Fall in Vorwurf aber findet ein anderes Verhältnis statt. Der Zögling verpflichtet sich dem Staate gegenüber von vornherein gar nicht zu irgend einer Leistung von Geld oder was ihm gleich zu behandeln wäre, sondern zu einem Thun, Handeln, nämlich dem Studium der Theologie, zur Ergreifung und Fortsetzung des Berufs als Geistlicher, Lehrer, zur Verwendung im Staats-, Kirchen- 2c. 2c. Dienst mit entsprechender Funktion, der Staat dagegen macht sich unter Annahme dieses Versprechens und bei Inaussichtnahme der Erfüllung desselben (causa) verbindlich zur — wenn gleich nicht absolut — unentgeltlichen Reichung der Sustentationskosten, der Wohnung, Kost 2c. (data); in letzterer Beziehung erscheint — vom Vertragsstandpunkt aus betrachtet — der Zögling als sein Gläubiger, der Staat leistet als Schuldner und nur als Schuldner.

Desertiert der Zögling nachher, wird er durch seine Schuld ausgestoßen, erfüllt er sein Versprechen nicht, so ist dargethan, daß der Zweck der unentgeltlichen Aufnahme vereitelt ist, und hat der Staat von diesem Zeitpunkt (der Fälligkeit) an das Recht, den Kostenaufwand — nach bestehendem Tarif — ersetzt zu verlangen mit der cond. c. d. c. n. s. Daher ist auch ganz folgerichtig und zutreffend in den Reversen 2c. nicht von nachträglicher Zahlung, sondern von Rückerstattung, Rückersatz in solchen Fällen die Rede, und solche sind nicht unter die Ziff. 6 des cit. Gesetzes zu subsumieren, sie sind

1) Vgl. analoge Fälle in meinem Kommentar zum Verj.-Ges S. 12 V, S. 30, S. 113, 135, Nachtrag S. 1—2.

keine Ansprüche der Anstalten für Unterricht, Unterhaltung; der Staat hatte ja solche von Anfang nicht und wollte sie ursprünglich auch nicht haben.

Man könnte auf den Gedanken kommen, es handle sich um einen bedingten Kostgeldvertrag und sei solcher auch in den Reversen gelegen etwa in dem Sinne: der Zögling verspreche Bezahlung eines tarifmäßigen Kostgelds und Ersatz sonstigen Aufwands, wenn er nicht mehr Theologie studiere ꝛc. ꝛc., oder der Staat unterhalte ihn unentgeltlich, wenn er Theologie studiere, fortsetze, vollende und sich entsprechend verwenden lasse. Diese Auffassung entspricht weder dem Sinn und den Intentionen der Vereinbarung, noch dem Begriff und Wesen der Bedingung (conditio) im juridisch-technischen Sinne; denn die Vereinbarung geht, wie schon erwähnt, auf unentgeltliche Leistung seitens des Staates hinaus, der Zögling will und soll geradezu kein Kostgeld bezahlen, und macht sich nur anheischig, Theologie ꝛc. zu studieren ꝛc.; dieses ist das Aequivalent, seine Gegenleistung, zu der er sich verbindlich macht oder, wenn man will, auch die Auflage, der technisch sog. modus. Es ist nicht von vornherein ungewiß, ob der eine oder andere Kontrahent leisten soll oder nicht, und hängt dies nicht von einem ungewissen Ereignis oder Willkür des Zöglings (Potestativbedingung) ab, sondern beide Teile erfüllen je ihre Obligationsseite unbedingt, ähnlich wie das unter einem modus Geschenkte eine unbedingte Leistung ist und nur im Falle der Nichterfüllung der Auflage eine Rückforderung des Geschenkten begründet werden kann. Das ist eben der Unterschied zwischen conditio (Bedingung) und modus (Auflage, Voraussetzung, Zweckbestimmung), daß, wie Dernburg, 2. Aufl. Pand., Bd. I § 115 S. 266, kurz und bündig sagt, „die Bedingung suspendiert, der modus verbindet".

Unter beiden Gesichtspunkten, ob man die Leistung des Kondiktionsschuldners als Hauptsache des Rechtsgeschäfts oder als etwas sekundäres (modus) ansieht — ist die condictio, auch cond. ob causam datorum genannt, begründet [1]).

1) Cf. Dernburg Bd. II § 142.

Wenn der Zögling sich in den Reversen vertraglich zum Ersatz verpflichtet, so soll damit gerade zum Ausdruck gebracht werden, daß der Staat nur zu dem Zwecke des bestimmten Studiums ꝛc. unentgeltlich leiste, und soll dies die causa bestimmt hervorkehren, bezw. in's Bewußtsein erheben, daß er bei Vereitelung derselben nicht meinen könne, der Staat habe überhaupt unentgeltlich ihn sustentieren wollen. Die besondere Vereinbarung schließt den Begriff und die Zulässigkeit der erwähnten Kondiktion nicht aus [1]).

Die Berufung auf Art. 1 Z. 6 könnte sich vielleicht weiter durch die Erwägung begründen lassen, die ganze Leistung des Staats bis zum Austritt des Zöglings, bis zur Nichtverwirklichung des künftigen Zwecks, um dessentwillen sie erfolgte, erscheine als ein fortgesetzter Vorschuß von und auf Kostgeld, geleistet in der Form der Naturalleistung ꝛc., und sei sein Ersatzanspruch ein Anspruch auf Ersatz geleisteter „Vorschüsse"; allein das würde, wie man leicht herausfühlt, den Sinn des Wortes „Vorschüsse" in Ziff. 6 nicht decken; denn offenbar ist daselbst von Vorschüssen anderer Art die Rede, als in unserem Fall der Ausdruck genommen werden müßte. Dort sind Vorschüsse gemeint, welche der Pensionatsinhaber ꝛc. zu Befriedigung vorübergehender, wenngleich im Laufe der Studien-Periode öfters zu bestreitender Bedürfnisse des Zöglings leistet, und zwar von vornherein in der Absicht, letzteren, bezw. seinen Vater ꝛc. zum Ersatze zu verpflichten (Vorschuß auf das zu zahlende Kostgeld ꝛc.); hier aber liegt kein Vorschuß auf Kostgeld, auf eine entsprechende Gegen-Leistung von Geld ꝛc. seitens des Zöglings vor, da die Tendenz nicht auf Prästation eines solchen geht, vielmehr die Leistung des Staats unbedingt und unentgeltlich erfolgt, bezw. das Aequivalent nur in dem Sichunterwerfen unter die Bedingungen für Heranbildung zu einem gewissen Beruf und dessen Ausübung besteht. Ebenso verhält es sich mit den „Auslagen" im Sinne des Art. 1 Z. 6.

1) Cf. Dernburg a. a. O.

Die bisher behandelte Bereicherungsklage (cond. ob causam datorum) ist im Falle der Nichterstattung der Kosten jedenfalls gegen den schuldigen Exitheologen ꝛc., bezw. dessen Pflegschaft gegeben (legitimatio ad causam passiva), bezw. ist gegen seine Garanten, die als Selbstschuldner oder einfache oder Indemnitäts-Bürgen die Schuld übernommen oder Zahlung versprochen, die entsprechende Klage zu erheben; im übrigen wird gegen die Eltern ꝛc. auch die actio quod jussu, de in rem verso (utilis) [1]) am Platze sein; alle diese Ansprüche verjähren aber wiederum nicht nach dem württ. Verj.-Ges. v. 6. Mai 1852.

1) Cf Dernburg Pand. § 14 Bd. II S. 38—41.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

23.

Die Abtretung einer Forderung an den Bürgen kann auch noch nach der Zahlung durch diesen geschehen.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen:

Der Erfolg der Klage hängt in erster Linie von der Frage ab: ob dem Kläger, nachdem er die verbürgte Schuld an den Gläubiger bezahlt hat, nunmehr ein Rückgriffsrecht pro rata gegen den Beklagten als Mitbürgen zugestanden werden kann.

Die Frage ist zu bejahen, weil der Kläger jedenfalls vermöge der Abtretung der Klagerechte des Gläubigers einen wirksamen Anspruch gegen den Beklagten erworben hat.

Gegen diesen Klagegrund wird zwar geltend gemacht, daß zur Zeit der Abtretung das Forderungsrecht des Gläubigers infolge der zuvor geleisteten Zahlung des Klägers bereits erloschen gewesen sei und daher nicht mehr mit Wirkung habe abgetreten werden können. Dieser Einwendung kann jedoch eine Folge nicht gegeben werden, weil die ihr zu Grunde liegende Rechtsauffassung, wonach eine gültige Abtretung des Gläubigerrechts gegen die Mitbürgen nur dann möglich wäre, wenn sich der zahlende Bürge die Abtretung vor oder bei der Zahlung wenigstens ausdrücklich vorbehalten habe, in den Gesetzesquellen keine Begründung findet.

Was nämlich zunächst das gemeine Recht betrifft, so ist in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht [1]) davon auszugehen, daß der allgemeine Grundsatz, wonach die Befriedigung des Gläubigers seitens eines Schuldners das Erlöschen des Forderungsrechts gegen die Mitschuldner zur Folge hat, für den Fall der Bürgschaft durch die l. 36 D. de fidejuss. 46, 1 eine durchgreifende Modifikation erlitten hat. In dieser Stelle wird entschieden, daß die Zahlung des Bürgen hinsichtlich des Regresses gegen die Mitbürgen gewissermaßen als Kauf der Forderung anzusehen sei, und daß daher der Gläubiger auch nach empfangener Zahlung noch immer die Klagerechte abtreten könne.

Daß diese Stelle nur mit Beschränkung auf den Fall zu verstehen wäre, wo der zahlende Bürge durch ausdrücklichen Vorbehalt einen auf Erwerbung der Forderung gerichteten Willen zu erkennen gegeben hat, läßt sich aus dem Inhalte des Gesetzes nicht begründen; es ist vielmehr nach dem Wortlaute jener Stelle anzunehmen, daß hier jedenfalls für den Fall der Bürgschaft eine gesetzliche Fiktion aufgestellt ist, kraft deren die Zahlung des Bürgen, solange nicht ein entgegengesetzter Wille erkennbar wird, im Verhältnis zu den Mitbürgen als Forderungskauf anzusehen ist.

Ausgehend von dieser in den Gesetzesquellen getroffenen Entscheidung ist daher der Grundsatz aufzustellen, daß nach gemeinem Recht auch nach vorbehaltsloser Zahlung seitens eines Bürgen die Klagerechte des Gläubigers gegen die Mitverpflichteten noch mit Wirkung abgetreten werden können.

Eine Abweichung von dieser gemeinrechtlichen Norm ist auch vom Standpunkte des Württembergischen Partikularrechts nicht zu begründen. Weder der Wortlaut, noch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Landrechtsstelle (Teil II Tit. 5 § 5) gibt einen Anhalt für die gegenteilige Annahme. Zwar besagen die Eingangsworte dieser Gesetzesstelle, daß, „wenn ein

1) Siehe Entscheidung v. 9. Nov. 1886 E B. 18 S. 240 ff. Anderer Ansicht: Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr 117; siehe ferner Hasenbalg, Bürgschaft S. 422.

Bürge dem Gläubiger vollkommene Bezahlung thue, die Mitbürgen alle erledigt ſein ſollen"; es können aber dieſe einleitenden Worte nicht im Sinne abſoluter Ausſchließung einer nachträglichen Inanſpruchnahme der Mitbürgen aufgefaßt, ſondern nur dahin verſtanden werden, daß ſie den allgemeinen und ſelbſtverſtändlichen Satz an die Spitze zu ſtellen bezwecken, daß der Gläubiger, wenn er einmal vollkommen bezahlt iſt, für ſeine Perſon keinen Anſpruch mehr gegen die übrigen Verpflichteten zu machen hat.

Der weiteren Frage, ob nicht der zahlende Bürge in die Rechte des Gläubigers eintreten, und ob dieſer Eintritt nicht auch erſt nach der Zahlung erfolgen könne, iſt damit in keiner Weiſe präjudiziert. Auch ſonſt läßt ſich aus dem Text jener Landrechtsſtelle und insbeſondere aus deren Schlußworten, eine Antwort auf die vorwürfige Frage nicht ableiten.

Im übrigen iſt zwar aus der Entſtehungsgeſchichte dieſer Geſetzesſtelle zu entnehmen, daß ein urſprünglich in dem Entwurf vorgeſehener Zuſatz, durch welchen die ſchon damals beſtrittene Frage von der Zuläſſigkeit einer nachträglichen Klagen-Abtretung in bejahendem Sinne entſchieden werden ſollte, in das Geſetz nicht aufgenommen worden iſt. Da jedoch die Gründe, welche zu der Ablehnung dieſes Zuſatzes geführt haben, nicht erſichtlich ſind, ſo läßt ſich in keiner Weiſe ermeſſen, ob dieſelbe ihren Grund in der Mißbilligung der in jenem Zuſatz zum Ausdruck kommenden Rechtsauffaſſung oder darin hatte, daß man die ſtrittige Rechtsfrage überhaupt nicht entſcheiden, ſondern ſie, wie ſo viele andere, der Beantwortung durch die gemeinrechtliche Doktrin überlaſſen wollte.

Führt hienach die Auslegung des partikulären Rechts zu einem durchaus negativen Reſultat, ſo iſt davon auszugehen, daß die Entſcheidung der Frage lediglich in den Quellen des gemeinen Rechts zu ſuchen iſt.

Zu dieſem Schlußergebniſſe gelangen denn auch im Grunde die — in der Auslegung des gemeinen Rechts allerdings abweichenden — Ausführungen der württembergiſchen Rechtslehrer und die daran ſich anſchließenden Entſcheidungen des

Württembergischen Obertribunals im württemb. Archiv Bd. 3 S. 391 und Bd. 9 S. 435.

Solange daher für das gemeine Recht an dem Grundsatz von der Unzulässigkeit der Klagen-Abtretung nach erfolgter Zahlung festgehalten wurde, war auch für das württembergische Recht die Beantwortung dieser Frage in gleichem Sinne von selbst gegeben.

Nachdem nun aber jene Voraussetzung weggefallen ist, kann auch vom Standpunkte des württembergischen Rechts kein Bedenken gegen die Zulässigkeit nachträglicher Klagen-Abtretung obwalten, und es ist daher in Anwendung des oben aufgestellten Grundsatzes auch für den vorliegenden Fall anzunehmen, daß das Klagerecht gegen den Beklagten durch Zahlung nicht erloschen und daher die Klage an sich begründet ist.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts v. 28. März 1889 in Sachen des Wirts Schaible c. Jakob Rönnich.

24.

Schadensersatzklage gegen einen Anwalt.

Da die Widerklägerin als Pfandgläubigerin beim ersten Zwangsverkauf mit Verlust bedroht war, so entschloß sich dieselbe, wie aus ihrem Briefe an den Widerbeklagten vom 13. September 1886 hervorgeht, „für den Fall, daß in der letzten Versteigerung nicht so viel geboten werde, daß sie für ihre Forderung samt Zins und Kosten Deckung finde, das Anwesen selbst zu kaufen," und sie erteilte dem Widerbeklagten, den sie von ihrem Vorhaben benachrichtigte, den Auftrag, dann „das Nötige zu veranlassen," d. h. also, wenn nicht so viel geboten werde, für sie das Anwesen zu kaufen. Nachdem der Widerbeklagte im zweiten Verkaufstermine von den der Widerklägerin verpfändeten Objekten das auf 7200 M. taxierte Ziegeleianwesen um 4000 M. und außerdem die bei der Pfandbestellung auf 70 M., im Zwangsvollstreckungsverfahren auf 50 M. taxierte Parz. Nr. 1279 um 40 M. in Ausführung des erhaltenen Mandats für die Widerklägerin erkauft hat,

verlangt nunmehr die Widerklägerin, welche die um 4040 M. erkauften Objekte am 2. August 1887 im öffentlichen Aufstreiche um nur 1800 M. wieder verkauft hat, von dem Widerbeklagten den Ersatz der Differenz zwischen dem Betrage des Ankaufspreises zuzüglich der auf die Reparatur der Gebäude verwendeten Kosten und zwischen dem Verkaufspreise mit 2481 M. 50 Pf.

1. Für die Begründung dieses Anspruches wird in erster Linie geltend gemacht, der Widerbeklagte habe mit dem Mandate die Verpflichtung übernommen, sorgfältige Erhebungen über den Wert der dem Zwangsverkauf ausgesetzten Objekte zu machen, die zu dem Resultate geführt hätten, daß die Unterlassung des Ankaufes im Interesse der Widerklägerin, das der Widerbeklagte zu wahren gehabt habe, gelegen sei.

Richtig ist wohl, daß, wie der vorige Richter bemerkt, das dem Widerbeklagten erteilte Mandat nicht schlechtweg dahin ging, das Anwesen für die Widerklägerin zu ersteigern, sondern daß der Widerbeklagte nur dann, wenn nicht von einem Dritten so viel geboten werde, daß die Widerklägerin für ihre Forderung samt Zinsen und Kosten Deckung finde, und also die Bedingung ihres Entschlusses, das Anwesen selbst zu kaufen, zutreffe, das Nötige veranlassen sollte. Der Widerbeklagte war aber zufolge der Mitteilung der Widerklägerin vom 13. September 1886 berechtigt, davon auszugehen, daß die Widerklägerin, falls sie sonst an ihrer Forderung nebst Zinsen und Kosten einen Verlust erleiden müßte, es vorziehe, das Anwesen selbst zu erkaufen und das mit diesem Ankauf verbundene Risiko zu übernehmen, und daß sie den von ihr ausgesprochenen Entschluß nicht noch von der schwierigen Untersuchung der Frage, ob der Selbstankauf, falls kein zu ihrer vollen Befriedigung führendes Angebot erfolge, in ihrem Interesse liege, und für sie rätlich sei, abhängig gemacht haben wolle; da die Frage, ob für einen Pfandgläubiger die Selbsterwerbung der Pfandobjekte rätlich ist, nicht bloß von der Beschaffenheit und dem Werte derselben, sondern wesentlich auch von der ökonomischen Lage und den persönlichen Verhältnissen des Pfandgläubigers, insbesondere davon abhängt, ob derselbe in der Lage ist, unter

Umständen auch längere Zeit mit dem Wiederverkauf zuwarten und die Zinsen aus dem in der Liegenschaft festgelegten Kapitale entbehren, überhaupt ein solches gewagtes Geschäft eingehen zu können, so wäre überhaupt ein Auftrag der von der Widerklägerin behaupteten Art ein solch eigentümlicher und ungewöhnlicher, daß die Widerklägerin nicht annehmen konnte, es werde sich ein zudem nicht an Ort und Stelle befindlicher Geschäftsmann herbeilassen, einen mit solcher Verantwortung verbundenen Auftrag zu übernehmen. Die Widerklägerin hätte also, wenn sie dem Widerbeklagten die Vornahme von Untersuchungen und Erkundigungen, wie sie solche nunmehr im Prozesse als Obliegenheit des Widerbeklagten betrachtet wissen will, aufzugeben beabsichtigt hätte, dies deutlich aussprechen müssen, und sie hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, zu sagen: „Für den Fall, daß in der letzten Versteigerung nicht soviel geboten wird, daß ich für meine Forderung samt Zins und Kosten Deckung finde, habe ich vor, das Anwesen selbst zu kaufen und bitte dann das Nötige zu veranlassen." Der Widerbeklagte durfte um so mehr voraussetzen, daß die Widerklägerin sich die mit ihrem Plane verbundenen Chancen überlegt und die zur Fassung ihres Entschlusses erforderlich erachteten Erhebungen vorgenommen habe, weil sie schon in ihrem Briefe vom 30. August sich bestimmt dahin ausgesprochen hatte, „es bleibe ihr nichts anderes übrig, als zum zweiten Verkauf einen Verwandten von Stuttgart aus nach Groß-E. abzuordnen, der sich eventuell an der Steigerung beteilige." Auf das dem Widerbeklagten zur Last gelegte Versäumnis, daß er nicht, bevor er sich an dem Aufstreiche beteiligte, das Anwesen besichtigt und untersucht, auch Erkundigungen über den Wert desselben bei dritten Personen eingezogen habe, kann also ein Schadensersatzanspruch nicht gegründet werden.

2. Würde man übrigens auch annehmen, den Widerbeklagten treffe in der in Rede stehenden Beziehung ein Verschulden, und es hätte derselbe bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Ankauf der von ihm ersteigerten Objekte als nicht im Interesse der Widerklägerin gelegen unterlassen sollen, so würde

der Schaden, den die Widerklägerin ersetzt verlangen könnte, doch nicht in der Differenz zwischen dem Betrage des Ankaufspreises und des Reparatur-Aufwandes einerseits und dem beim Wiederverkaufe erzielten Erlöse andererseits bestehen. Ihr Interesse bestände vielmehr nur in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage, in der die Widerklägerin sich infolge der Selbsterwerbung der für sie um 4040 M. erkauften Objekte befindet, und derjenigen Vermögenslage, in der sie sich befinden würde, wenn diese Selbsterwerbung unterblieben wäre. Wenn also auch die Widerklägerin die für sie erkauften Objekte, nachdem sie auf dieselben einen Reparatur-Aufwand von 241 M. 50 Pf. hatte machen müssen, nur mit einem Verluste von 2481 M. 50 Pf. wieder zu verkaufen Gelegenheit fand, so steht doch nicht fest, daß sie, wenn der Widerbeklagte auf die zum Verkaufe bestimmten Objekte nicht geboten hätte, für ihre Pfandforderung nebst Zinsen volle oder auch nur annähernde Befriedigung erhalten hätte. Hätte der Widerbeklagte nicht für die Widerklägerin gesteigert, so wäre das Anwesen wahrscheinlich um einen erheblich niedrigeren Preise einem andern Kaufsliebhaber verblieben, und die Widerklägerin hätte an ihrer Pfandforderung einen Ausfall erlitten. Wenn ein höherer als der von der Widerklägerin beim Widerverkauf erzielte Erlös aus dem Anwesen nicht zu erlangen war, wie die Widerklägerin unter Bezugnahme auf die Aeußerung des Gerichtsvollziehers G. geltend macht, so würde die Widerklägerin an ihrer Pfandforderung wohl einen eben so großen Verlust erlitten haben, als sie ihn nunmehr beim Selbstankauf erlitten hat.

Demzufolge wurde die den Beklagten verurteilende erstrichterliche Entscheidung abgeändert und die Widerklage abgewiesen.

Urteil des I. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 21. Juni 1889 in Sachen des Rechtsanwalts B. c. die Witwe des Matthias Thüringer.

Umständen auch längere Zeit mit dem Wiederverkauf zuwarten und die Zinsen aus dem in der Liegenschaft festgelegten Kapitale entbehren, überhaupt ein solches gewagtes Geschäft eingehen zu können, so wäre überhaupt ein Auftrag der von der Widerklägerin behaupteten Art ein solch eigentümlicher und ungewöhnlicher, daß die Widerklägerin nicht annehmen konnte, es werde sich ein zudem nicht an Ort und Stelle befindlicher Geschäftsmann herbeilassen, einen mit solcher Verantwortung verbundenen Auftrag zu übernehmen. Die Widerklägerin hätte also, wenn sie dem Widerbeklagten die Vornahme von Untersuchungen und Erkundigungen, wie sie solche nunmehr im Prozesse als Obliegenheit des Widerbeklagten betrachtet wissen will, aufzugeben beabsichtigt hätte, dies deutlich aussprechen müssen, und sie hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, zu sagen: „Für den Fall, daß in der letzten Versteigerung nicht soviel geboten wird, daß ich für meine Forderung samt Zins und Kosten Deckung finde, habe ich vor, das Anwesen selbst zu kaufen und bitte dann das Nötige zu veranlassen." Der Widerbeklagte durfte um so mehr voraussetzen, daß die Widerklägerin sich die mit ihrem Plane verbundenen Chancen überlegt und die zur Fassung ihres Entschlusses erforderlich erachteten Erhebungen vorgenommen habe, weil sie schon in ihrem Briefe vom 30. August sich bestimmt dahin ausgesprochen hatte, „es bleibe ihr nichts anderes übrig, als zum zweiten Verkauf einen Verwandten von Stuttgart aus nach Groß-E. abzuordnen, der sich eventuell an der Steigerung beteilige." Auf das dem Widerbeklagten zur Last gelegte Versäumnis, daß er nicht, bevor er sich an dem Aufstreiche beteiligte, das Anwesen besichtigt und untersucht, auch Erkundigungen über den Wert desselben bei dritten Personen eingezogen habe, kann also ein Schadensersatzanspruch nicht gegründet werden.

2. Würde man übrigens auch annehmen, den Widerbeklagten treffe in der in Rede stehenden Beziehung ein Verschulden, und es hätte derselbe bei Anwendung gehöriger Sorgfalt den Ankauf der von ihm ersteigerten Objekte als nicht im Interesse der Widerklägerin gelegen unterlassen sollen, so würde

der Schaden, den die Widerklägerin ersetzt verlangen könnte, doch nicht in der Differenz zwischen dem Betrage des Ankaufspreises und des Reparatur-Aufwandes einerseits und dem beim Wiederverkaufe erzielten Erlöse andererseits bestehen. Ihr Interesse bestände vielmehr nur in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage, in der die Widerklägerin sich infolge der Selbsterwerbung der für sie um 4040 M. erkauften Objekte befindet, und derjenigen Vermögenslage, in der sie sich befinden würde, wenn diese Selbsterwerbung unterblieben wäre. Wenn also auch die Widerklägerin die für sie erkauften Objekte, nachdem sie auf dieselben einen Reparatur-Aufwand von 241 M. 50 Pf. hatte machen müssen, nur mit einem Verluste von 2481 M. 50 Pf. wieder zu verkaufen Gelegenheit fand, so steht doch nicht fest, daß sie, wenn der Widerbeklagte auf die zum Verkaufe bestimmten Objekte nicht geboten hätte, für ihre Pfandforderung nebst Zinsen volle oder auch nur annähernde Befriedigung erhalten hätte. Hätte der Widerbeklagte nicht für die Widerklägerin gesteigert, so wäre das Anwesen wahrscheinlich um einen erheblich niedrigeren Preise einem andern Kaufsliebhaber verblieben, und die Widerklägerin hätte an ihrer Pfandforderung einen Ausfall erlitten. Wenn ein höherer als der von der Widerklägerin beim Widerverkauf erzielte Erlös aus dem Anwesen nicht zu erlangen war, wie die Widerklägerin unter Bezugnahme auf die Aeußerung des Gerichtsvollziehers G. geltend macht, so würde die Widerklägerin an ihrer Pfandforderung wohl einen eben so großen Verlust erlitten haben, als sie ihn nunmehr beim Selbstankauf erlitten hat.

Demzufolge wurde die den Beklagten verurteilende erstrichterliche Entscheidung abgeändert und die Widerklage abgewiesen.

Urteil des I. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 21. Juni 1889 in Sachen des Rechtsanwalts B. c. die Witwe des Matthias Thüringer.

25.

Haftung eines Wundarztes für Kunstfehler.

Der Beklagte hat die Heilung des erkrankten Auges der Tochter des Klägers übernommen. Das Auge wurde nicht geheilt, sondern völlig zerstört und das Gesicht des Kindes dadurch entstellt. Auf Klage des Vaters namens seiner Tochter wurde der Beklagte, welcher sich darauf berief, daß er nach den Regeln der Homöopathie gehandelt habe, zur Zahlung von 5000 M. als Schadensersatz verurteilt, wobei es bei dem Anerbieten des Klägers, diese Summe zurückzuzahlen, wenn die Tochter vor zurückgelegtem 18. Lebensjahr sterben würde, blieb.

Gründe:

I. Daß der Beklagte den Verlust des rechten Auges der Tochter des Klägers durch seine Thätigkeit verursacht hat, ist mit Grund nicht zu bezweifeln; denn es liegt hiefür ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit vor, wie er in solchen Fällen der Natur der Sache nach überhaupt nur erwartet werden kann und rechtlich als Gewißheit gelten muß. Das Gutachten der Sachverständigen N. und K. sagt: „Wenn am 18. August 1885, als das Kind in die Behandlung des Herrn Dr. K. überging, $^6/_7$ der Hornhaut zerstört waren, so muß schon eine Reihe von Tagen vorher eine Durchbrechung der Hornhaut durch ein eitriges Geschwür stattgefunden haben, und dieser konnte durch rechtzeitige operative Behandlung (Punktion der Hornhaut mit Entleerung des Kammerwassers) entweder vorgebeugt werden, oder es konnte die Zerstörung abgewendet, ein Teil der Hornhaut erhalten werden, was für die spätere Funktionsfähigkeit des Auges von der höchsten Bedeutung gewesen wäre."

Hienach wäre bei rechtzeitiger Vornahme dieser Operation mindestens „ein für die Sehfähigkeit des Auges höchst bedeutungsvoller Teil der Hornhaut" erhalten worden. Zwar fügt das Gutachten bei: „Nicht immer gelingt es, die totale Zerstörung der Hornhaut zu verhindern, aber sehr oft, und der Versuch war dringend geboten. Es wäre verkehrt, hieraus ab-

leiten zu wollen, daß, weil hienach nicht gewiß ſei, daß die Operation den erwähnten Erfolg gehabt haben würde, ihre Unterlaſſung die eingetretene Erblindung weder bewirkt noch begünſtigt habe; denn eine „Gewißheit“ in dem hiebei unterſtellten unbedingten oder mathematiſchen Sinn des Wortes verlangt weder das Geſetz, noch die Einſicht des handelnden Menſchen; beiden genügt die hohe Wahrſcheinlichkeit und dieſer thut es keinen Abbruch, wenn — wie nach dem erwähnten Gutachten hier anzunehmen — die Möglichkeit des Gegenteils nicht ausgeſchloſſen iſt, alſo, wenn die angezeigte Operation „nicht immer“ Erfolg hat; daß ſie ihn „ſehr oft“ hat, iſt genügend, um in Unterſtellung des Gewöhnlichen und Regelmäßigen als bewieſen anzunehmen, daß ihre Vornahme den erwähnten Erfolg gehabt hätte, ihre Unterlaſſung alſo das Uebel der völligen Erblindung des Auges verurſacht hat. Daß aber das Unterbleiben der Operation auf die Thätigkeit des Beklagten als ſeine Urſache zurückzuführen iſt, ergiebt ſich daraus, daß er die Vornahme derſelben (durch geeignete Sachkundige) zu veranlaſſen nicht bloß unterlaſſen, ſondern auch (nach dem eidlichen Zeugnis der Ehefrau des Klägers und der Hebamme G.) den Kläger, der dies wiederholt verlangte, hievon abgehalten hat.

Daß auch von der homöopathiſchen Heillehre die Vornahme der Operation, wo immer ſie nach dem Zuſtand des Auges angezeigt iſt, verlangt wird, ſagt der vom Beklagten ſelbſt als homöopathiſcher Sachverſtändiger benannte Dr. S.: „Jeder homöopathiſche Arzt hätte die Notwendigkeit etwaiger operativer Eingriffe zu erwägen gehabt und dementſprechend das Nötige veranlaßt,“ wie denn auch der im Strafverfahren vernommene Homöopath Dr. St. es getadelt hat, daß der Beklagte „äußerlich alles vernachläſſigt hat“ — was nach dem Zuſammenhang ſeines Gutachtens offenbar heißen ſoll, daß Beklagter alle äußeren Mittel, wie Antiſeptik und Operation“ mit Unrecht vernachläſſigt habe.

Des weiteren ſagt das angeführte N.-K.'ſche Gutachten: „Beſonders unpaſſend war die örtliche Anwendung der „Streu-

kügelchen." In ein gesundes Auge eingebracht ruft ein solches Kügelchen als fremder Körper starke Reizung hervor. Viel nachteiliger ist die Wirkung auf das kranke Auge, zumal bei öfterer Wiederholung der Applikation. Die harten, kleinschrotkorngroßen Kügelchen mußten, bis sie in der dickflüssigen Absonderung des Bindehautsacks gelöst waren, direkt verletzend wirken, die durch den Krankheitsprozeß erweichte Epithel-Decke der Hornhaut abstreifen, diese dadurch der Eiter- und Bakterien-Einwanderung in höherem Grad zugänglich werden." Im wesentlichen übereinstimmend hiermit hatte gegenüber der Staatsanwaltschaft am Landgericht Stuttgart im Ermittlungsverfahren der Dr. G. hierüber sich geäußert: „Diese Körner, in das geschwürige Auge eingebracht, mußten notwendig als fremde Körper ganz gewaltig reizen und die Entzündung und Eiterung vermehren, ja es ist mir durchaus wahrscheinlich, daß diese harten Fremdkörper, die sich in der eiterigen Flüssigkeit des Auges natürlich noch langsamer gelöst haben, als in Wasser, und von denen je 2 alle 2 Stunden eingebracht wurden, den Durchbruch des Hornhautgeschwürs sehr wesentlich befördert und beschleunigt haben, daß sie auch die Geschwürsfläche vergrößert haben."

Auch der Homöopath Dr. S. hat vor der Strafkammer ausgesagt: „Auch das Einlegen der Streukügelchen ins Auge war verfehlt, selbst wenn sie das passende Mittel enthalten hätten." Und Dr. St. sagt: „Daß das Einlegen von Streukügelchen bei einer Hornhautverschwärung, wie sie als Endergebnis des ganzen Prozesses von Dr. K. konstatiert wurde, Schaden bringen mußte, darin stimmt der Unterzeichnete mit den übrigen Sachverständigen überein. In dieser Hinsicht muß die Behandlung des F. als eine die Krankheit verschlimmernde bezeichnet werden." Lassen schon die erwähnten Aussprüche der Sachverständigen entnehmen, daß ohne das Dazwischentreten des Beklagten die Augenkrankheit, bei der alsdann hoher Wahrscheinlichkeit nach eingetretenen sachverständigen Behandlung derselben, keinen so schlimmen Ausgang genommen hätte, wie er wirklich eingetreten ist, so er-

geben die genannten Gutachten weiter auch zur Genüge, in welcher Richtung und in welchem Umfang diese Vermehrung des Uebels durch den Beklagten stattgefunden hat.

Der im Strafverfahren vernommene Augenarzt Dr. K. hat erklärt: „Ich kann so viel bestimmt behaupten, daß wenn sofort mit Entstehung eines solchen weißen Bläschens das auf solche Weise erkrankte Auge in sachverständige Behandlung gegeben wird, das Auge mit Sicherheit gerettet werden kann. Auch im vorliegenden Fall hätte die Krankheit einen derartigen Verlauf nicht genommen." -

Im wesentlichen mit ihm übereinstimmend kam Dr. G. zu dem Schluß: „Daß durch rechtzeitige sachverständige Behandlung das Auge mit allergrößter Wahrscheinlichkeit (wie 99 : 1) hätte gerettet werden können." Was hier unter der „Rettung des Auges" verstanden sei, ergiebt die Aeußerung desselben Sachverständigen gegenüber der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren: „Wenn auch ein kleinerer oder größerer Hornhautflecken zurückgeblieben wäre, so wäre doch ein beträchtlicher Teil der Sehkraft, und vor allem Form und Gestalt des Augapfels erhalten geblieben." Zu demselben Ergebnis gelangt das Gutachten von N. und K.: „Man kann sagen, daß bei sachgemäßer ärztlicher Behandlung der Ausgang des Augenleidens ohne Zweifel ein wesentlich günstigerer gewesen wäre: während jetzt nur ein zusammengefallener unförmlicher Stumpf geblieben ist, hätte das Auge seiner Form nach und mit mehr und minder Sehfähigkeit erhalten werden können, wenn auch Trübungen auf der Hornhaut zurückgeblieben wären." —

Angesichts der in dieser Beziehung im wesentlichen übereinstimmenden Ansicht aller angeführten Sachverständigen ist es gerechtfertigt, die Schlußerklärung des Dr. St. vor der Strafkammer: „es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß, auch wenn ein sachverständiger Arzt die Behandlung übernommen hätte, das Sehvermögen des Kindes gerettet worden wäre", auf die Rettung des ganzen unverminderten Sehvermögens zu beziehen, wonach denn die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Er-

haltung eines erheblichen Teils der Sehkraft auch nach der Meinung des Dr. St. nicht als ausgeschlossen anzusehen wäre, worauf auch der ganze Zusammenhang des Gutachtens hinweist.

Nach dem Bisherigen ist erwiesen, daß zwar einerseits, vermöge der vorangegangenen Allgemeinkrankheit, sowie des intensiven Auftretens der Hornhautentzündung, eine erhebliche Verminderung der Sehkraft des fragl. Auges (infolge zurückbleibender Hornhautflecken) auch durch rechtzeitige sachverständige Behandlung nicht zu verhüten gewesen wäre, daß aber andererseits bei sachgemäßer Behandlung der Augenkrankheit, wie sie ohne das Dazwischentreten des Beklagten zweifelsohne stattgefunden haben würde, nur eine Verminderung, nicht aber eine Vernichtung der Sehkraft, und — was besonders hervorzuheben, auch beim Zurückbleiben von Hornhauttrübungen keine Veränderung der Form des Augapfels, kein Schrumpfen desselben und kein Einsinken der Lider, und damit keine erhebliche Entstellung des Kindes eingetreten sein würde, daß mithin Beklagter durch seine verkehrte Behandlung sowohl diese letztere Folge (die Entstellung), als auch die Steigerung der bloßen Schwächung der Sehkraft zur völligen Vernichtung derselben (in dem rechten Auge) verursacht hat.

II. Diese schlimmen Folgen seiner Thätigkeit sind nun aber dem Beklagten auch zur Schuld zuzurechnen, da er dieselben durch Ablehnung der Behandlung der Augenkrankheit und rechtzeitige Veranlassung der Zuziehung eines sachkundigen Augenarztes hätte vermeiden können und nach dem Maße der von ihm seinen Mitmenschen bei seinem Handeln schuldigen Aufmerksamkeit sie hätte vorhersehen und vermeiden sollen, da ihm bewußt war, oder doch ohne Hintansetzung des ebenerwähnten Grads von Aufmerksamkeit und Ueberlegung, nicht unbewußt bleiben konnte, daß ihm die zu erfolgreicher Behandlung einer Augenkrankheit erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse abgehen. Aus der Behauptung des Beklagten, daß er „jetzt noch im Stande sei, binnen 4—6 Wochen das Kind zur vollen Gesundheit zurückzuführen“ hat Dr. K. gefolgert, daß Beklagter entweder ein krasser Ignorant oder ein Schwind-

ler sei"; aus der Art der Behandlung der Krankheit seitens des Beklagten folgert Dr. G., „daß Beklagter von den Krankheiten der Augen und deren Behandlung einfach nichts verstanden hat"; seine sogenannte Krankengeschichte zeigt nach dem Urteil der Sachverständigen N. und K. „einen Abgrund von medizinischer Unwissenheit und zugleich von allgemeiner Unbildung," und auch der homöopathische Sachverständige Dr. S. fällt das Urteil: „daß die Behandlung einer so schweren Augenkrankheit seitens des Beklagten gemäß dessen nach jeder Hinsicht mangelhaften Ausbildung ein höchst tadelnswertes Unternehmen gewesen ist."

Unstichhaltig ist das Schutzvorbringen des Beklagten, daß sein Verfahren den Regeln der homöopathischen Heillehre durchaus entsprochen habe.

a. Soweit hiemit gesagt sein soll, daß die vom Beklagten befolgte Behandlungsart, weil der homöopathischen Lehre und Uebung entsprechend, auch die richtige und zweckentsprechende, d. h. Heilung in Aussicht stellende sei, ist dies Vorbringen schon durch das Bisherige erledigt: von den Sachverständigen ist, wie gezeigt, ausgesprochen, daß das Verfahren des Beklagten, insbesondere die Unterlassung äußerlicher (operativer und antiseptischer) Behandlung, wie auch die Einlegung homöopathischer Streukügelchen das Augenleiden nicht gebessert, sondern verschlimmert und die bei anderweiter Behandlung wohl abzuwendende Vernichtung der Sehkraft herbeigeführt habe; ein Heilverfahren aber, dem *solche* Erfolge eigentümlich sind, richtet sich selbst und ob es in Wahrheit als „homöopathisches" bezeichnet werden kann, ist hier gleichgültig; übrigens haben, wie schon erwähnt, die auf Wunsch des Beklagten beigezogenen der homöopathischen Lehre anhängenden Sachverständigen Dr. St. und Dr. S. jener Behauptung des Beklagten widersprochen, indem Dr. St. erklärt hat: „auch vom homöopathischen Standpunkt war die Behandlung des Beklagten eine inkorrekte."

b. Jenes Schutzvorbringen kann deshalb hier nur insoweit in Betracht kommen, als etwa mit demselben zur Frage gestellt werden wollte, ob nicht dem Beklagten für die oben

bezeichneten Mißgriffe das zur Entschuldigung gereiche, daß das Verfahren, welches er einhalten zu müssen geglaubt hat, einer Lehre entspreche, welche von einer mehr oder minder zahlreichen Gruppe approbierter Aerzte befolgt und auch litterarisch vertreten ist. In der That ist — gegenüber den die „homöopathische" Korrektheit des Verfahrens des Beklagten läugnenden Stimmen der Doktoren S. und St. — in dem Gutachten von N. und K. dargelegt, daß es in der sogenannten homöopathischen Schule, unter der Vielheit ihrer weit auseinandergehenden Richtungen, auch eine solche gebe, welche in den hier fraglichen Fällen das vom Beklagten eingehaltene Verfahren den Grundsätzen ihres Stifters Hahnemann entsprechend — oder doch nach diesen nicht gerade anfechtbar — finde, somit für richtig und heilbringend erkläre, — durch welche Darlegung übrigens die in jenen Gutachten eingehend begründete Verurteilung dieser Lehre keinerlei Einschränkung erleidet.

Wenn dort des Genaueren nachgewiesen wird, wie selbst wissenschaftlich gebildete und staatlich als befähigt erklärte Aerzte — zum Teil weitverbreiteten Rufs — der ebenerwähnten Abzweigung der homöopathischen Lehre zugethan sind, und wie selbst die Lehre, daß auch von Augenkrankheiten, insonderheit von eiteriger Hornhautentzündung selbst jeder Laie einfach durch Einnehmen der ihm mit Gebrauchsanweisung verkauften „homöopathischen" Geheimmittel in der durch die Anweisung angegebenen Nummer und Potenz sich selbst heilen könne, von approbierten Aerzten verbreitet wird —, und wenn man erwägt, mit welch rühriger Agitation in Schrift und Rede die Vertreter der Homöopathie ihrer Lehre Anhänger zu werben bestrebt sind, so mag allerdings die Frage wohl berechtigt sein, ob denn dem Beklagten zu verdenken, d. h. rechtlich als Schuld zuzurechnen sei, daß er jener Irrlehre verfiel und sie in dem — vom Kläger selbst nicht angezweifelten — guten Glauben an ihre Richtigkeit befolgt hat?

Daß dazu, die homöopathische Lehre und Praxis auf ihren wissenschaftlichen Wert und Unwert zu prüfen, und die relative Berechtigung oder Verirrung ihrer mannigfachen Richtungen zu

unterscheiden, mehr medizinisch wissenschaftliche und vor allem auch mehr allgemeine Bildung erfordert wird, als — ausweislich des „Krankenberichts“ — dem Beklagten zu Gebot steht und seiner Vorbildung und Stellung nach von ihm verlangt werden kann, steht allerdings außer Frage, und möchte er deshalb die Zumutung, daß er jene Lehre wissenschaftlich hätte durchdringen und das Irrige in ihr sich hätte zum Bewußtsein bringen sollen, als unbilliges Verlangen abzuweisen wohl berechtigt sein.

Allein *darum* handelt es sich für den Beklagten nicht. Wenn jeder verständige Mensch bei nur einigem Nachdenken sich sagen muß, daß zur Behandlung eines erkrankten Auges gründliche Kenntnis dieses Organs und eingehendes Studium der Augenheilkunde erforderlich sei, und daß, wer ohne solche Vorbereitung sich anmaßt, Augenkrankheiten heilen zu wollen, die dringendste Gefahr lauft, großen und unheilbaren Schaden anzurichten, so war der Beklagte nach Art und Maß der von ihm als Wundarzt dritter Klasse geforderten ärztlichen Vorbildung gerade medizinisch geschult genug, um dies womöglich noch deutlicher als jeder Laie einzusehen und sich zu sagen, daß die ihm gänzlich abgehende Kenntnis der Augenheilkunde durch bloße Befolgung homöopathischer Wegweiser oder beliebiges Probieren und Abwechseln mit den gangbaren homöopathischen Mitteln und Gaben nicht ersetzt werden könne; daß auf so gedankenlosem Wege Augenkrankheiten heilen zu wollen, nichts sei als Ueberhebung, welche auch nicht gerechtfertigt werde durch die — bei der zweifellosen Unschädlichkeit minimaler homöopathischer Gaben und bei der eignen Heilkraft der Natur dann und wann allerdings eintretenden — Heilungen, wie sie die vorgelegten Zeugnisse auch dem Beklagten ausweisen, — und daß es vollends ein unverzeihlicher Leichtsinn wäre, unter dem Vorwand homöopathischer Behandlung die durch wissenschaftliche Einsicht und kritisch gesichtete Erfahrung erprobten Heilwege und Heilmittel zu verschmähen, um lediglich dem Zufall glücklich sich bewährender Heilkraft der Natur zu vertrauen.

Wenn dem Beklagten als Wundarzt dritter Klasse nach der früheren Gesetzgebung die Behandlung anderer, als leichter chirurgischer Fälle, insbesondere die Behandlung von Augenkrankheiten bei Strafe verboten war, und auch der Grund hievon gewiß nicht unbekannt geblieben ist, so kann er in dem Umstand, daß seit Geltung der Reichsgewerbeordnung § 29 die ärztliche Praxis ihm, wie jedem Laien im ganzen Umfang freigegeben und „Kurpfuscherei" unter die erlaubten steuerpflichtigen Gewerbe eingereiht ist, eine ihn entschuldigende Verführung zu seinem gefährlichen Unternehmen deshalb nicht geltend machen, weil ihm bekannt sein mußte, daß diese Freigebung nur unter Festhaltung der bestehenden straf- und civilrechtlichen Verantwortlichkeit für verschuldete Fehlgriffe, also nicht im Sinn eines Freibriefs für jede unter dem Vorwand der Heilung erfolgte Schädigung von Leben und Gesundheit anderer erfolgt ist. Vielmehr, wenn der angeführte § 29 Reichsgewerbeordnung besagt, daß den in einer öffentlichen Anstellung oder in der Bezeichnung als „Arzt" oder „Augenarzt" gelegenen Anspruch auf ein in seine Befähigung zu setzendes Vertrauen nur demjenigen zu erheben zukomme, der seine Befähigung der staatlichen Behörde durch Erstehung der vorgeschriebenen Prüfung nachgewiesen und ihre Zulassung erlangt hat, so ist hiemit in einer auch für den Beklagten erkennbaren Weise ausgesprochen, daß die Gesetzgebung als einen vertrauenswürdigen Arzt von vornherein nur den betrachtet, der über Aneigung der nötigen Vorbildung sich ausgewiesen hat, und war somit gerade auch dieser, dem Beklagten zugängliche Sinn des bestehenden Rechts geeignet, den Beklagten zu warnen, beim Mangel jener Vorbildung auf ein so gefährliches, ihm — wenn auch nicht mehr rechtlich, so doch thatsächlich verschlossenes Gebiet sich zu wagen. —

Mit Vorstehendem ist von selbst auch die weitere Einwendung beseitigt, daß Kläger, welcher gewußt habe, daß Beklagter „Homöopath" sei, durch Beiziehung desselben sein Einverständnis mit Anwendung der homöopathischen Behandlung kundgegeben habe. Denn selbst wenn — angesichts der vom Dr. N.

nachgewieſenen großen Dehnbarkeit dieſer Bezeichnung — auch der Beklagte als „Homöopath“ zu bezeichnen ſein ſollte, kann doch dem Kläger nicht die Abſicht unterſtellt werden, jedwede unter dem Titel der Homöopathie geübte verkehrte Behandlung ſeiner Tochter zum voraus gutzuheißen, vielmehr hat er den Beklagten offenbar in der Erwartung beigezogen, daß dieſer eine geeignete, anerkannter Erfahrung entſprechende Behandlung eintreten laſſen werde.

Für die Annahme eines eigenen Verſchuldens des Klägers etwa in der Richtung, daß er die Beiziehung eines Arztes zu ſpät vorgenommen, hat das Verfahren keinen Anhaltspunkt gegeben; und wenn Kläger auf Veranlaſſung des Beklagten unterließ, einen approbierten Augenarzt beizuziehen, ſo wäre hierin ein Verſchulden des Klägers nur dann zu finden, wenn angenommen werden könnte, daß er die Unzulänglichkeit des Beklagten erkannt gehabt habe, wofür gleichfalls kein Anhaltspunkt vorliegt.

III. Mit Recht hat deshalb der vorige Richter den Beklagten für ſchuldig erklärt, die durch ſeine Behandlung der Tochter des Klägers zugefügten Vermögensnachteile zu erſetzen. Daß zu dieſen Nachteilen *nicht* zu rechnen iſt: die Gefahr der „ſympathiſchen“ Erkrankung auch des bisher geſunden Auges, ergiebt ſich daraus, daß dieſe Gefahr von den Sachverſtändigen N. und K. nur als eine nicht ganz ausgeſchloſſene *Möglichkeit* bezeichnet wird. Dagegen kommen als vom Beklagten zu erſetzende Nachteile in Betracht: die durch die Vernichtung der Sehkraft des rechten Auges, ſowie durch die Entſtellung des Kinds bewirkte Verminderung ſeiner Erwerbsfähigkeit und ſeiner Ausſicht auf Verſorgung durch Heirat, und zwar muß auf dieſe Entſtellung nach der Beſtimmung des württ. Geſetzes vom 5. September 1839 Art. 14 Abſ. 2 „inſoweit beſondere Rückſicht genommen werden, als das beſſere Fortkommen der betreffenden Perſon hiedurch verhindert werden *kann*,“ ſo daß der Beachtung dieſes Umſtands nicht im Weg ſteht, daß die *Möglichkeit* günſtiger Verheiratung durch die fragl. Entſtellung noch nicht unbedingt ausgeſchloſſen iſt. Desgleichen

ist die Annahme des vorigen Richters zutreffend, daß für diese Nachteile, obwohl sie erst in Zukunft sich entwickelnde Folgen des schuldhaften Verhaltens des Beklagten sind, doch schon jetzt die Leistung eines Gelderſatzes beansprucht werden kann [1]). Auch darin ist dem vorigen Richter beizutreten, daß diese Ersatzleistung in Gestalt einer auf einmal zu bezahlenden Summe, und nicht einer Rente, festzusetzen sei. Es kann gefragt werden, ob nicht im Gebiet des gemeinen Rechts bei Interesseleistungen in Geld die Kapitalabfindung (im Anschluß an die auch im späteren römischen Recht noch nachwirkende Einrichtung der auf eine bestimmte Summe gerichteten Condemnatio oder Litis aestimatio) dergestalt als Regel sich ausgebildet habe, daß dem Verpflichteten seine Ersatzverbindlichkeit durch Nachlassung einer Rentenzahlung zu erleichtern, gegen den Willen des Klägers dem Gericht nur gestattet sei im Fall besonderer gesetzlicher Ermächtigung [2]), oder eines diese Ermächtigung vertretenden feststehenden Gerichtsgebrauchs [3]), weshalb denn auch die im Entwurf des Reichshaftpflichtgesetzes § 5 Abs. 4 vorgeschlagene Bestimmung: „auch unterliegt es dem richterlichen Ermessen, ob ein Schadensersatz in einer Rente oder in Kapital zuzubilligen ist" in den Regierungsmotiven, unter Hinweisung auf die eben angeführte Entscheidung in Seufferts Archiv, damit begründet wird, daß „dieselbe dienen solle zu Vermeidung von — im gemeinen Recht diesfalls bestehenden Zweifeln". Würde der oben angegebene Satz wenigstens bei Körperverletzungen [4]) als Inhalt des gemeinen Rechts angenommen, so würde im vorliegenden Fall die Zuerkennung einer Rente gegen den Antrag des Klägers auch nach württ. Recht nicht statthaft sein, da sich hiefür (bezüglich der außerhalb

1) Vgl. außer Seuffert's Archiv Bd. 27 Nr. 29 auch die E. des R.G. Bd. 13 S. 374 Nr. 98.

2) Wie dies im preußischen Recht anerkannt ist: Dernburg, pr. Priv.R. II § 78 i A. und R.G.E. Bd. 9 S. 279 f.

3) Seuffert's Archio Bd. 14 Nr. 235.

4) Im Unterschied von Tötungen: Motive z. E. des B.G.B. II, 784 u. § 724.

des Haftpflichtgesetzes liegenden Fälle von Körperverletzung) ein fester Gerichtsgebrauch nicht nachweisen läßt und das bei Ersatzforderungen wegen Tötung in Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 5. September 1839 dem Richter diesfalls eingeräumte freie Ermessen auf die in Art. 14 dess. Gesetzes geregelten Ersatzansprüche wegen Körperverletzung entsprechend anzuwenden, angesichts der, durch Streichung der im Entwurf des A. 14 enthaltenen einleitenden Worte: „In ähnlicher Weise" 2c. zum Ausdruck gebrachten, von der Kommission der Abgeordn.Kammer [1]) näher begründeten inneren Verschiedenheit beider Ersatzansprüche, wohl nicht im Sinn jenes Gesetzes gelegen wäre. Indessen bedarf diese Frage hier der Entscheidung nicht. Denn selbst, wenn man annimmt, daß auch bei Entschädigungsansprüchen aus Körperverletzung dem Richter freies Ermessen eingeräumt sei, statt der Kapitalabfindung die Auferlegung einer Rente anzuordnen, würde es nach den Umständen des vorliegenden Falls nicht gerechtfertigt sein, von diesem Ermessen zu Gunsten des Beklagten durch Gestattung der Rentenzahlung hier Gebrauch zu machen, — auch wenn man als ausgemacht ansehen wollte, daß die dem Kläger hieraus erwachsende Gefahr, die Verfolgung seines Rechts durch nachteilige Verfügungen des Beklagten über sein Vermögen vereitelt zu sehen, durch die vom Beklagten angebotene Sicherheitsleistung vollständig beseitigt sei, — da bei dem hohen Alter des Beklagten die (durch diese Sicherheitsleistung nicht auszuschließende) Gefahr nahe liegt, daß beim Tod des Beklagten durch den Uebergang der Rentenpflicht auf vielleicht zahlreiche oder entfernt wohnende Erben dem Kläger die Verfolgung seines — etwa wegen angeblich veränderter thatsächlicher Verhältnisse aufs neue in Streit gezogenen Rentenrechts ungebührlich erschwert werden könnte [2]).

IV. Dagegen erscheint die Beschwerde des Beklagten als

---

1) Bei Knapp, Handausg. S. 180 oben.

2) Vgl. auch die angeff. Motive z. E. d. B.G.B. § 724 Bd. II S. 785 Zeile 20. 21 v. oben.

begründet, daß der Betrag der Entschädigungssumme vom Richter zu hoch bemessen sei.

Derselbe hat als bewiesen angenommen, „daß bei Anwendung des von der wissenschaftlichen Augenheilkunde, vorgeschriebenen Heilverfahrens die bei dem Kind des Klägers aufgetretene Augenkrankheit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne bleibenden, wesentlichen Schaden (und zwar trotz des gesunkenen Kräftezustands des Kinds) hätte geheilt werden können". Diese Annahme aber ist, wie oben schon (zu I) gezeigt, insofern nicht ganz zutreffend, als feststeht, daß ein nicht unerheblicher Teil der Sehkraft unter allen Umständen verloren gewesen wäre; es kann deshalb dem Beklagten die Vernichtung der Sehkraft nicht in vollem Umfang, sondern nur insoweit zur Last gelegt werden, als der Nachteil der Vernichtung der Sehkraft des Auges den ihrer Schwächung übersteigt (wogegen, wie schon erwähnt, die Entstellung des Auges, welche etwa zurückgebliebene Hornhautflecken bewirkt haben würden, gegenüber der durch die Schrumpfung des Augapfels und das Einsinken der Lider verursachten Verunstaltung allerdings kaum in Betracht kommt, die durch diese Verunstaltung bedingte Erschwerung des Fortkommens des Kinds also dem Beklagten voll zuzurechnen ist). Mit Beachtung dieser — sowie aller übrigen Umstände des Falls hat man für die oben bezeichneten, der Tochter des Klägers verursachten Vermögensnachteile die bare Summe von fünftausend Mark als angemessene Entschädigung erkannt.

Urteil des 1. Civilsenats d. Oberl. vom 5. April 1889 in Sachen des Wundarzts Fr. Fr. c. den Maschinenbauer Johann St.

Die von dem Beklagten gegen das Urteil erhobene Revision wurde von dem Reichsgericht zurückgewiesen.

26.

Verbot des Betreibens eines Geschäftes innerhalb eines bestimmten Kreises.

Der Beklagte hat an den Kläger sein Modewarengeschäft

in Weil der Stadt mit der Bedingung verkauft: „Der Verkäufer verpflichtet sich, im Umkreise von Weil der Stadt kein Modewarengeschäft zu betreiben oder sich offen oder verdeckt an einem solchen zu beteiligen. Als Umkreis von Weil der Stadt kommt in Betracht die Umgebung auf eine Entfernung von 20 Kilometern mit Ausnahme der Städte Stuttgart, Ludwigsburg, Cannstatt, Pforzheim. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung verpflichtet sich der Verkäufer zur Bezahlung einer Konventionalstrafe von 20 000 M."

Der Beklagte hat in Stuttgart ein Modewarengeschäft gegründet und von da aus durch Reisende innerhalb der 20 Kilometer von Weil der Stadt Geschäfte abgeschlossen. Der Kläger verlangt die Bezahlung der Konventionalstrafe, ist aber mit seiner Klage abgewiesen worden.

Gründe:

1. Die Bestimmung des Vertrags „der Verkäufer verpflichtet sich, im Umkreise von Weil der Stadt kein Modewarengeschäft zu betreiben oder sich offen oder verdeckt an einem solchen zu beteiligen" legt der Kläger dahin aus: der Vertragswille der Parteien sei selbstverständlich nicht etwa formell nur dahin gegangen, daß das Geschäftslokal des Beklagten nicht innerhalb des Bannkreises von 20 Kilometern in und um Weil der Stadt sich befinden dürfe, sondern dahin, daß Beklagter nicht innerhalb dieses Kreises dem Kläger die Kundschaft durch Konkurrenzmanöver abwendig machen dürfe. Der Beklagte dürfe also auch von einem außerhalb des verbotenen Kreises belegenen Geschäfte aus dieses Geschäft nicht innerhalb jenes Kreises durch Abschluß von Geschäften, durch öffentliche Empfehlungen, Zusendung von Preislisten, Bereisen und Bereisenlassen des Bezirks betreiben.

Der Beklagte behauptet, nach Wortlaut und Sinn jener Bestimmung habe er sich nur verpflichtet, innerhalb des bezeichneten Bezirks weder ein stehendes Geschäft zu errichten, zu erwerben und zu führen, noch sich bei einem solchen offen oder verdeckt zu beteiligen; er habe sich aber nicht verpflichtet,

von einem außerhalb des Umkreises befindlichen Geschäfte aus keine Geschäfte innerhalb desselben zu machen.

Sache des Klägers, welcher dem Bestreiten des Beklagten gegenüber eine weitergehende Verbindlichkeit des letzteren behauptet, ist es, den Beweis zu liefern, daß der Beklagte sich zu demjenigen, was der Kläger geltend macht, verpflichtet habe, und es kommt hiebei nicht darauf an, was der Kläger im Sinne gehabt, sondern entscheidend ist, was der Beklagte versprochen hat.

2. Der Ausdruck „Geschäft" wird in doppelter Bedeutung gebraucht: einmal in der eines einzelnen Geschäftsabschlusses, der Herbeiführung eines einzelnen auf Erwerb oder Veräußerung einer Sache, auf Gebrauchsüberlassung oder Leistung von Diensten 2c. gerichteten Erfolgs. In diesem Zusammenhange wird von „ein Geschäft machen", von Abschluß, Besorgung, Erfüllung eines Geschäfts gesprochen [1]). Sodann aber in der Bedeutung eines gewerblichen oder kaufmännischen oder sonst auf Erwerb gerichteten Unternehmens, eines regelmäßig mit einer gewerblichen oder kaufmännischen Niederlassung verbundenen Betriebs. In dieser Bedeutung wird das Geschäft als eine Einheit, als ein selbständiges Ganzes betrachtet, umfassend den Namen des Geschäfts, das Geschäftslokal, das darin zur Verwendung kommende Kapital, die Betriebsmittel, die demselben dienenden Arbeitskräfte. Es wird von Errichtung, Erwerb, Führung, Veräußerung, Auflösung eines Geschäfts, von Geschäftsforderungen, Geschäftsschulden gesprochen. Das Geschäft hat einen Sitz, unabhängig von dem Wohnsitze des Inhabers [2]).

---

1) Handelsges.Buch Art. 52. 55. 82. 298 Art. 56. 59. 64 Ziff. 2. 69 Ziff. 1 Art. 272 Abs. 2 Art. 270. 290. 324.

2) Siehe hiezu ReichsG. I S. 261. 264, Reichsoberh.Ger. Bd. 19 S. 136; Sarwey, Archiv B. 19 S. 366; Handelsges.Buch Art 6 Abs. 3 Art. 16. 22. 23. 24. 41. 47. 85. 273 u. a.; Württ. Einführ.Ges. z. Hand-Ges.Buch Art. 3. 38; Entwurf eines bürgerl Ges.Buchs § 67. 659 1289. 1307 u. a.; Mot. z. Sachenrecht eod. S. 559 Ziff. 4; Konkursord. § 118. 122 Ziff. 1.

In beiden Bedeutungen wird der Ausdruck „Geschäft“ mit dem Zeitworte „betreiben“ in Verbindung gebracht, mit dem Unterschiede jedoch, daß derselbe in der Einzahl in dieser Verbindung „ein Geschäft betreiben“ nur gebraucht wird im Sinne eines gewerblichen oder kaufmännischen Unternehmens (abgesehen von einer nicht hieher gehörigen Nebenbedeutung).

Wo es sich um das einzelne Geschäft, beziehungsweise einzelne Geschäfte handelt, wird die Mehrzahl gebraucht und von „Geschäfte betreiben“ gesprochen [1]).

Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß in Ziffer 8 des Vertrags von dem Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens, von dem Haben einer kaufmännischen Niederlassung die Rede ist, wie dies auch aus dem Gegensatze der offenen oder verdeckten Beteiligung an einem solchen Geschäft hervorgeht.

Wenn nun gleich das kaufmännische Unternehmen, das Geschäft, durch den Abschluß der einzelnen Geschäfte und die Vornahme der zur Fortführung nötigen einzelnen Handlungen betrieben wird, so wird dasselbe doch nach dem regelmäßigen und gewöhnlichen Wortsinn nicht da betrieben, wo diese einzelnen Geschäfte abgeschlossen und die Handlungen vorgenommen werden, sondern da, wo die Niederlassung sich befindet, von welcher aus die Geschäfte geschlossen werden, da, wo das Geschäft als Ganzes seinen Sitz hat [2]).

So hat nach § 14 der ReichsG.O. derjenige, welcher den Betrieb eines stehenden Gewerbes anfängt, dies der für den Ort, wo solches geschieht, zuständigen Behörde anzuzeigen, s. Reichsges.Blatt v. 1883 S. 180 und hiezu bemerkt die Verfügung des württ. Ministeriums des Innern v. 9. Nov. 1883. Reg.Bl. S. 234: „Die in § 14 der Gewerbe-Ordnung vorgeschriebene Anzeige ist an den Ortsvorsteher der Gemeinde zu erstatten, in welcher das Gewerbe betrieben wird“.

Es ist selbstverständlich, daß in diesen Bestimmungen nicht gemeint ist, die Anzeige sei in allen Orten zu erstatten, wo Ge-

1) Handelsges.Buch Art. 4. 6 Abs. 1 Art 8. 15. 28. 42. 43 Abs. 2 Art. 47. 49. 56 Abs. 2 Art. 68. 69 Ziff. 1 u. 3 Art. 266. 271. 272 u. a.

2) S. § 22 Civ.Pr.O.; § 208 Konk.Ord.

ſchäfte abgeſchloſſen werden, ſondern da, wo der Sitz des Geſchäfts ſich befindet.

Nach dem Geſetze vom 28. April 1873 Reg.Blatt S. 127 A. 1 unterliegen der Gewerbeſteuer die im Lande betriebenen Gewerbe jeder Art. Nach Art. 3 iſt gewerbeſteuerpflichtig jeder, der im Lande ein Gewerbe treibt. Hier ſollen nicht diejenigen getroffen werden, welche von einem auswärts gelegenen Geſchäfte aus Geſchäfte in Württemberg machen.

Nach Art. 85 des cit. Geſetzes iſt die Steuerpflicht in demjenigen Steuerdiſtrikte zu erfüllen, in welchem das Gewerbe betrieben wird, und nach Art. 93 hat der Gemeinderat zum Behuf der Einſchätzung der Gewerbe ein Verzeichnis ſämtlicher im Gemeindebezirk betriebenen Gewerbe und ihrer Inhaber dem Bezirksſteueramt zu übergeben; auch ſoll (Art. 98), wer ein der Gewerbeſteuer unterworfenes Geſchäft anfängt, bei dem Ortsvorſteher eine Faſſion abgeben, und er hat das Gewerbe von dem auf den Gewerbebetrieb folgenden Quartal an zu verſteuern.

Auch in dieſen Vorſchriften wird unter dem Betriebe eines Geſchäfts der Betrieb als Ganzes an einem beſtimmten Orte und nicht die Ausübung des Gewerbes (Art. 42 der Gew.Ord.) mittels einzelner Geſchäfte verſtanden.

Hienach könnte wohl auch über die Tragweite der Ziffer 8 des Vertrags ein Zweifel nicht beſtehen, wenn dieſelbe dahin lauten würde: „Verkäufer dürfe in Weil der Stadt, Leonberg, Sindelfingen, Heimsheim u. ſ. w. ein Modewarengeſchäft nicht betreiben“.

Der Schein einer anderen und weiteren Bedeutung in dem Sinne, daß auch der Abſchluß einzelner Geſchäfte darunter zu verſtehen iſt, entſteht aber dadurch, daß nicht ein oder mehrere beſtimmte Orte genannt ſind, ſondern ein Bezirk, ein Umkreis, bezeichnet iſt, in welchem das Geſchäft nicht betrieben werden ſoll, denn in einem größeren Umkreiſe kann der Sitz eines Geſchäftes nicht ſein, ſondern es können in demſelben nur Geſchäfte gemacht werden.

Allein wie bei der weiteren Auslegung den Worten „Be-

treiben eines Geſchäfts“ ein ungewöhnlicher Sinn beizulegen wäre, ſo kann ebenſowohl der Ausdruck: „Umkreis von Weil der Stadt“ auf einer Ungenauigkeit beruhen und es kann gemeint geweſen ſein: „in Weil der Stadt, oder einem Orte, welcher in dem Umkreiſe von 20 Kilometern von da liegt.“

Und hiefür ſpricht, daß, wenn nicht bloß das Errichten, Haben und Führen eines Geſchäfts innerhalb des Bezirks hätte verboten werden ſollen, ſondern auch der Abſchluß von Geſchäften von einem außerhalb der 20 Kilometer befindlichen Geſchäfte aus, nicht abzuſehen wäre, warum nicht der ſachgemäße, einfache und regelmäßige Ausdruck gewählt worden wäre: der Beklagte dürfe innerhalb des fraglichen Bezirks keine Geſchäfte machen oder keine Konkurrenzgeſchäfte betreiben [1]). Insbeſondere hat es für den Kläger keine Bedeutung, ob die Geſchäfte innerhalb des verbotenen Kreiſes von einem ſtehenden Geſchäfte aus — und hievon ſpricht die Ziffer 8 — oder ohne das Vorhandenſein eines ſtehenden Geſchäftes im Umherziehen auf Meſſen und Märkten betrieben würden.

Hienach ſpricht der Wortlaut der fraglichen Ziffer 8 nicht für den Kläger.

3. Daß auch der Abſchluß von Geſchäften innerhalb des Umkreiſes von Weil der Stadt auf 20 Kilometer verboten worden ſei, ſchließt der Kläger aus dem Zweck, welcher mit dieſer Vertragsberedung habe erreicht werden ſollen. Der Kläger behauptet, die Pointe des § 8 gehe dahin, daß der Beklagte dem Kläger die Kundſchaft des Geſchäfts durch keinerlei Konkurrenz innerhalb des verbotenen Bezirks ablocken dürfe. Es habe verhütet werden ſollen, daß der Beklagte dem Kläger durch ſeine langjährigen Beziehungen zur Kundſchaft Konkurrenz bereite.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß dem Kläger daran lag, ſich möglichſt viele Kunden zu erhalten und zu erwerben, und es bedarf, um dies darzuthun, nicht des Hinweiſes auf die

1) S. hiezu z. B. Entſcheid. des Reichsger. bei Bolze B. 4 S. 145 Ziff. 480.

großen Opfer, welche der Kläger gebracht und die ſonſtigen Mittel, welche er zur Erreichung ſeines Zwecks angewendet hat. Allein wenn auch hierauf die Abſicht des Klägers gerichtet und der Beklagte demſelben hierin entgegenzukommen geneigt war, ſo folgt hieraus noch nicht, daß auch die Parteien jedes Mittel, welches zu dieſem Zwecke dienlich ſein konnte, angewendet haben. Es kommt darauf an, ob der Kläger annehmen konnte, auf die Zuſtimmung des Beklagten zu ſeinem Vorſchlag rechnen zu dürfen, und ob der Beklagte es mit ſeinem Intereſſe vereinbar fand, dem Kläger ſolche Zugeſtändniſſe zu machen.

Zunächſt folgt daraus, daß dem Beklagten das Haben und Betreiben eines Geſchäfts innerhalb des bezeichneten Bezirks verboten wurde, noch nicht, daß auch der Betrieb einzelner Geſchäfte verboten ſein ſolle, denn die Errichtung eines Konkurrenzgeſchäfts neben einem ſchon beſtehenden iſt für den Kaufmann das Schädlichere und Gefährlichere, und der Abſchluß von Geſchäften kann ſich durch den Ausſchluß der Errichtung, beziehungsweiſe des Erwerbs eines Geſchäfts von ſelbſt verbieten oder dadurch auf ein unſchädliches Maß herabgedrückt werden.

Wenn es ſodann auch richtig ſein mag, daß der Kläger den von ihm angeführten Zweck nicht vollſtändig erreicht, wenn dem Beklagten nur die Errichtung eines Geſchäfts, nicht aber das Geſchäftemachen innerhalb des in Ziffer 8 genannten Bezirks verboten iſt, ſo geht andererſeits das Verbot jeder geſchäftlichen Thätigkeit innerhalb des fraglichen Umkreiſes weit über jenen Zweck hinaus und widerſpricht außerdem einer vernünftigen Auslegung der dem Beklagten eingeräumten Befugnis, ein ſtehendes Geſchäft innerhalb der Orte Stuttgart, Cannſtatt, Ludwigsburg und Pforzheim betreiben zu dürfen. Ein ſolches Zugeſtändnis iſt dem Beklagten gemacht als Ausnahme von dem Verbot der Ziffer 8. Soll dasſelbe einen Sinn und eine Bedeutung haben, ſo muß der Beklagte ſein Geſchäft an dieſen Orten — (beziehungsweiſe außerhalb der 20 Kilometer) — ſo betreiben können, wie jeder andere Kaufmann in gleicher Lage; andernfalls könnte er mit den andern Geſchäften in den

genannten Orten nicht konkurrieren und die erteilte Erlaubnis wäre bedeutungslos.

Nach der Annahme des Klägers wäre dem Beklagten jede auf Erwerb eines Kunden in dem verbotenen Bezirke gerichtete Thätigkeit untersagt. Es wird als eine unter die Strafbereduug fallende Vertragswidrigkeit bezeichnet, daß der Beklagte in dem deutschen Volksblatt und katholischen Sonntagsblatt, welche in Stuttgart erscheinen und welche in Weil der Stadt und Umgebung gelesen werden, sein Geschäft mit dem Versprechen eines Rabatts empfohlen habe.

In gleicher Weise aber wäre dem Beklagten die Empfehlung seines Geschäfts in den anderen Stuttgarter Blättern, welche in der Umgebung von Stuttgart, soweit diese in den verbotenen Kreis fällt, gelesen werden, untersagt, denn es wird in Ziffer 8 kein Unterschied zwischen den einzelnen Orten des 20Kilometerkreises gemacht. Ebensowenig dürfte der Beklagte in diese Umgebung von Stuttgart Preislisten, Muster und Auswahlsendungen schicken, dieselbe selbst bereisen oder bereisen lassen, und es wäre ihm in seinem Laden in Stuttgart nicht gestattet, an einen Kunden aus den fraglichen Orten mit Gewährung eines Rabatts zu verkaufen, weil darin die Anlockung von solchen Kunden zu weiteren Ankäufen liegen würde.

Und all' dies würde dem Beklagten verboten sein, obwohl der Kläger kaum jemals hoffen konnte, daß ein Käufer aus der näheren Umgebung von Stuttgart ihn in Weil der Stadt aufsuchen und dort von ihm kaufen werde.

Ebenso verhält es sich mit den anderen vom Verbot ausgenommenen Städten und allen an der Grenze des verbotenen Bezirks gelegenen Ortschaften. Auch in den letzteren müßte der Beklagte auf die Hälfte der auswärtigen Kundschaft verzichten.

Es erscheint daher die Annahme als richtiger und der Sachlage entsprechender, daß die Parteien den angeführten Zweck dadurch zu erreichen suchten, daß sie den Sitz des zu errichtenden oder zu erwerbenden Geschäftes so weit von Weil der Stadt zurückverlegten, daß anzunehmen war, der Beklagte

könne von hier aus dem Kläger eine empfindliche Konkurrenz nicht bereiten, und es werde dem Kläger sein natürlicher Kundenkreis erhalten bleiben.

Ein in einem Orte befindliches Geschäft dieser Art hat unter sonst gleichen und normalen Verhältnissen seinen natürlichen Kundenkreis in den Einwohnern dieses Orts und der Umgebung, und es hat vor einem entfernter gelegenen den Vorteil voraus, daß hier die Kunden ohne Zeitverlust und Kostenaufwand einkaufen, daß sie das Lager besichtigen und die Waren auswählen können, und daß sie einzukaufen in der Lage sind, wenn sie die Ware nötig haben.

Zwischen zwei an verschiedenen Orten befindlichen Geschäften wird sich die Kundschaft der Entfernung nach naturgemäß teilen. Diesen Vorteil der Lage kann der entferntere Konkurrent auch durch die von dem Kläger angeführten Konkurrenzmanöver, die öffentliche Anpreisung der Ware, Zusendung von Preislisten und Gewährung von Rabatt nicht beseitigen. Alle diese Mittel ist der Kläger ebenso anzuwenden in der Lage und er ist hiezu schon der anderen Konkurrenten wegen genötigt. Er braucht weniger Rabatt zu geben, um den Kunden seiner Umgebung die gleichen Vorteile zu gewähren, wie der entfernter wohnende Kaufmann, und er könnte diesen Rabatt unter dem Namen einer Reisekosten-Entschädigung gewähren, trotzdem daß die Bewohner der Umgegend von Weil der Stadt keine Reisekosten aufzuwenden brauchen, um bei dem Kläger zu kaufen.

Anders aber soll es sich verhalten, wenn der Beklagte den verbotenen Bezirk selbst bereisen würde, beziehungsweise bereisen ließe und damit die Bekanntheit seines Namens und seine persönlichen Beziehungen zu seinen früheren Kunden auszunützen in der Lage wäre. Es könne nicht angenommen werden, daß die Kontrahenten eine so widersinnige Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses gewollt haben könnten.

Allein die Parteien konnten mit Grund davon ausgehen, daß, wenn der Beklagte in Stuttgart oder sonst einer größeren Stadt ein offenes Geschäft betreibe, er nicht mehr in der Lage sein werde, persönlich zum Vertrieb seiner Waren auf Reisen

zu gehen und den verbotenen Bezirk zu besuchen, wie denn auch der Kläger nur ganz wenige, wegen ihrer Seltenheit gar nicht in Betracht kommende Fälle zu bezeichnen vermocht hat, in welchen der Beklagte in dem verbotenen Bezirke Kunden besucht haben soll.

Fällt aber hienach die Ausnützung der persönlichen Beziehungen zu der früheren Kundschaft weg, so kommt in Betracht, einmal, daß der ansässige Kaufmann gegenüber von dem in der Ferne etablierten, auch wenn dieser durch Reisende Geschäfte machen lassen will, in vorteilhafterer Lage sich befindet. Die Spesen der Reisenden belasten den Preis der zu verkaufenden Ware. Der Reisende kann regelmäßig nur Muster mit sich führen, während der Kunde die Ware am Stück und in größerer Auswahl sehen will, und der Reisende ist nicht gerade an Ort und Stelle, wenn sich das Bedürfnis des Einkaufs ergiebt. Es ist demnach nicht richtig, daß das Bereisenlassen eines Bezirks der Errichtung eines Geschäfts daselbst gleichkomme.

Sodann aber kann der Kläger das Bereisen des Bezirks durch andere Kaufleute doch nicht hindern, und auch wenn der Beklagte sich nicht daran beteiligt, wird ein solches Bereisen stattfinden, wenn sich ein Nutzen daraus ergiebt.

Der Grund, warum die Parteien einen Geschäftsbetrieb des Beklagten mittels Bereisen des Bezirks von einer außerhalb desselben gelegenen Niederlassung aus nicht unter dem Verbote begriffen haben, ist hiernach derselbe, aus welchem sie auch die anderen Konkurrenzmanöver nicht ausschließen zu müssen glaubten, weil sie eine solche Konkurrenz nicht für gefährlich hielten oder doch nicht beseitigen konnten.

Es ist auch unrichtig, daß eine verdeckte Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen innerhalb des Bezirks weniger gefährlich wäre, als die Handlungsweise des Beklagten; denn wenn der Beklagte auf den Namen eines Dritten als angeblicher Prokurist ein Modewarengeschäft in Weil der Stadt betreiben würde, so könnte kein Zweifel sein, in welchem Falle der Schaden des Klägers ein größerer sein würde.

4. Gegen die Auslegung des Vertrages, wie sie der

Kläger geltend macht, kommt noch die Höhe der Strafe in Verbindung mit der Unbestimmtheit dessen, was unter die Strafberedung fallen soll, in Betracht.

Errichtet oder erwirbt der Beklagte ein neues Geschäft in dem verbotenen Bezirke, oder beteiligt er sich an einem solchen, so ist dies — abgesehen von der verdeckten Beteiligung — eine einfache und klare Thatsache, bei welcher es nicht wohl zweifelhaft werden kann, ob gegen die Verabredung verstoßen ist, bei welcher eine unabsichtliche Zuwiderhandlung kaum vorkommen wird, und welche dem Kläger einen so hohen Schaden zuzufügen geeignet sein kann, daß auch die Festsetzung einer entsprechend hohen Strafe gerechtfertigt erscheint.

Anders verhält es sich, wenn die Ziffer 8 nicht auf das Haben eines stehenden Geschäfts beschränkt sein soll. Es ist in diesem Falle zweifelhaft, was unter dem Worte „betreiben" verstanden werden soll: ob die Parteien das Verbot im Auge gehabt haben, wie dies im erstrichterlichen Urteil angenommen wird, daß der Beklagte durch das Verkaufen von Modewaren innerhalb des Bezirks dem Geschäfte des Klägers Konkurrenz mache, oder ob, wie Kläger meint, dem Beklagten jede geschäftliche Thätigkeit, also auch eine vorbereitende, verboten sein soll. Es ist zweifelhaft, ob infolge jeder derartigen Zuwiderhandlung die Strafe von 20 000 Mark verfallen sein soll, oder ob die Konkurrenzmanöver nur in ihrem Zusammenhange in Betracht kommen sollen, und ob nur eine solche Thätigkeit unter die Ziffer 8 gestellt werden soll, die gerade auf die Bewohner des verbotenen Bezirks berechnet ist, oder auch eine solche, die, ohne diesen Charakter zu haben, dieselben zum Kaufe anzulocken geeignet ist. Ebenso unsicher wäre, was unter dem Betriebe eines Modewarengeschäfts zu verstehen wäre, welche Artikel zu den Modewaren zu zählen sind, und ob auch der Verkauf solcher Waren hieher gehören würde, die nicht Modewaren sind, aber in einem Modewarengeschäft nebenbei geführt zu werden pflegen.

Daß eine so hohe Strafe in solch unbestimmter Weise wäre ausbedungen und versprochen worden, kann nicht angenommen werden.

Nach dem Ausgeführten ist nicht erwiesen, daß dem Beklagten mehr habe verboten werden sollen, als der Erwerb und das Führen eines stehenden Geschäfts in einem innerhalb des verbotenen Bezirks gelegenen Orte und die offene oder verdeckte Beteiligung an einem solchen Geschäfte, und keinesfalls, daß sich der Beklagte zu einem weitergehenden Versprechen herbeigelassen habe.

Nach dem Bisherigen fällt dem Beklagten ein Zuwiderhandeln gegen die Ziffer 8 des Vertrags nicht zur Last.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts v. 18. Januar 1889 in Sachen Schöninger c. Bumüller.

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts ist vom Reichsgericht verworfen worden.

27.

Eingehung eines Verlöbnisses.

Die Klägerin war vom 12. Mai 1887 bis 10. Januar 1888 beim Beklagten als Haushälterin im Dienst. Sie behauptet, es sei zwischen ihnen, nachdem sie dem Beklagten mitgeteilt habe, daß sie von ihm in der Hoffnung sei, zu einem Verlöbnis gekommen, von welchem Beklagter im Januar 1888 ohne Grund wieder zurückgetreten sei, worauf sie dessen Haus verlassen habe. Wegen dieses angeblichen Verlöbnisbruchs verlangt dieselbe Schadensersatz.

Die Eingehung des Verlöbnisses soll darin bestanden haben, daß Beklagter sie am 18. Dezember 1887 in seiner Stube im Arm gehabt und zu ihr gesagt habe: „er heirate sie jetzt, er gehe zum Schultheißen und lasse sich anschlagen“. Der Beklagte sei dann fortgegangen, anscheinend um sich auf das Rathaus zu begeben, seine Verwandten haben ihn aber von seinem Vorhaben wieder zurückgebracht.

Beklagter hat im wesentlichen diesen Vorgang bestritten. Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen.

Gründe:

Ein Verlöbnis bedarf zwar nach dem in Württemberg

geltenden Recht keiner Form; daraus folgt aber nicht, daß jede ſeitens eines ledigen Mannes einer Frauensperſon gegenüber erfolgte Kundgebung der Abſicht, dieſelbe zu heiraten, ein Verlöbnis darſtellt, falls nach den Umſtänden anzunehmen iſt, daß die Frauensperſon ihrerſeits jenen Mann zu ehelichen geneigt iſt. Denn nicht jede Erklärung der Abſicht, etwas thun zu wollen, bezweckt die Eingehung einer Verpflichtung, eine Bindung des Willens. Im gegenwärtigen Falle nun erhellt in keiner Weiſe, daß der angeblichen Aeußerung des Beklagten vom 18. Dezember 1887: er heirate jetzt die Klägerin, er gehe zum Schultheißen und laſſe ſich aufſchlagen — ein Verpflichtungswille des Beklagten zu Grund gelegen iſt.

Es kann unerörtert bleiben, inwiefern in einer einſeitigen Erklärung, eine Perſon heiraten zu wollen, auch wenn letztere ſich ganz paſſiv dazu verhält, ein Verlöbnis, d. h. eine gegenſeitige Verpflichtung, mit einander die Ehe zu ſchließen, gefunden werden kann. Denn im vorliegenden Falle geht aus dem eigenen Verhalten der Klägerin unzweideutig hervor, daß ſie die angebliche Aeußerung des Beklagten nicht als ein denſelben bindendes Eheverſprechen aufgefaßt, ſich nicht infolge desſelben als ſeine Verlobte betrachtet hat. Klägerin hat — wie aus ihrem Schweigen in dieſer Richtung geſchloſſen werden muß — nicht zu behaupten vermocht, daß ſie etwa den Beklagten am 18. Dezember nach ſeiner Rückkehr gefragt hat, ob er auf dem Rathaus geweſen und das Aufgebotsverfahren eingeleitet ſei; ſie hat die vom Beklagten aufgeſtellte Behauptung, daß ſie Dritten gegenüber niemals als Braut des Beklagten aufgetreten ſei, nicht beſtritten; ſie hat in erſter Inſtanz eingeräumt, daß ſie von der angeblich im November 1887 erfolgten Erklärung des Beklagten: er heirate ſie eben und ziehe auf den Riedhof, welchen ihr Vater ihm übergeben müſſe, ihrem Vater erſt nach ihrem Austritte aus dem Dienſt des Beklagten Mitteilung gemacht hat; ſie hat alſo nicht zu behaupten vermocht, daß ſie ihren auf derſelben Markung mit ihr wohnenden Angehörigen von dem wichtigen und für ſie erfreulichen Ereignis ihrer angeblichen Verlobung mit dem Beklagten vor deſſen angeblicher

Wiederauflösung und vor ihrem Austritt aus dem Dienste des Beklagten Nachricht gegeben hat, obwohl sie doch in der auf den 18. Dezember folgenden Weihnachtszeit zweifellos mit denselben schriftlich oder mündlich verkehrt hat oder jedenfalls leicht hätte verkehren können. Ein derartiges Schweigen über eine Verlobung, unter Umständen, welche zu einer Verheimlichung derselben lediglich keinen Anlaß gaben, wäre unerklärlich und läßt eben klar erkennen, daß Klägerin selbst in der angeblichen Aeußerung des Beklagten ursprünglich nichts anderes, als einen plötzlichen Einfall desselben gesehen hat, infolge dessen sie sich, als sie wahrnahm, daß Beklagter demselben keine weitere Folge gab, nicht als seine Verlobte ansah. Hat aber Klägerin selbst, welche doch geneigt sein mußte, die Aeußerung des Beklagten in dem für sie günstigsten Sinne aufzufassen, jene Erklärung von Anfang an nicht als eine vom Beklagten in der Absicht, ihr gegenüber eine Verpflichtung einzugehen, abgegebene angesehen, so liegt kein Grund vor, derselben — wie Klägerin jetzt nachträglich zu thun versucht — einen Verpflichtungswillen des Beklagten zu unterstellen.

Hienach ist, auch wenn die Aeußerung des Beklagten vom 18. Dezember 1887 in der von der Klägerin behaupteten Weise erfolgt sein sollte, nicht bewiesen, daß es zu einem Verlöbnis der Parteien gekommen ist.

Urteil des I. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 14. Juni 1889 in Sachen des Bauers Joh. Georg B. c. die Katharine St., Schadensersatzforderung betr.

28.

Heiratgutsbestellung.

Gegen die Klage auf Bestellung eines Heiratsguts wurde eingewendet, die Klage müsse zur Zeit abgewiesen werden, da der Bestellung eines Heiratsguts die Festsetzung der Größe desselben durch die Verwandten vorausgehen müsse. Der Einwand wurde verworfen.

Gründe:

Die Einwendung des Beklagten, daß die Klage zur Zeit

nicht begründet sei, weil die Größe des Heiratsguts der Ehefrau des Klägers nicht „nach der Freundschaft Mäßigung" festgesetzt worden sei, ist nicht begründet. Nach der Bestimmung des Landrechts Teil IV. tit. 13 § 3 sind Streitigkeiten über die Verabreichung einer Aussteuer ganz unbeschränkt den Gerichten zur Entscheidung zugewiesen, ohne daß deren Zuständigkeit von einer besonderen Vorentscheidung durch einen Familienrat abhängig gemacht wird. Die Notwendigkeit einer solchen Vorentscheidung kann aber auch nicht aus der Bestimmung in § 2 eod. abgeleitet werden, wonach die Größe der Aussteuer „nach der Freundschaft Mäßigung" bestimmt werden soll; denn damit ist, wie die Bestimmung in § 3 l. c. ergiebt, nicht eine besondere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klageerhebung festgesetzt, sondern nur ausgedrückt worden, daß behufs der Ermittlung eines billigen Maßes des zu verabreichenden Heiratgutes bei den der Klageerhebung vorausgehenden Versuchen der Beteiligten, sich hierüber zu verständigen, solche auch die nächsten Anverwandten über ihre Meinung vernehmen sollen.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 20. November 1890 in Sachen Hofmann c. Muth.

29.

Alimentationspflicht des Ehemanns.

Die Parteien haben sich kurz nach Abschluß der Ehe getrennt und über ihre Vermögensverhältnisse einen Vergleich abgeschlossen. Die Ehefrau hat jedoch nach einiger Zeit Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben und ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis erwirkt. Sie verlangt nun jährliche Alimente im Betrag von 700 M. Der Beklagte, welcher einwendete, die vermögensrechtlichen Beziehungen seien durch den Vergleich geordnet und seine Ehefrau müsse zuvor ihm denjenigen Betrag ihres Vermögens, den sie noch in Handen habe, ausfolgen, wurde dem Klagegesuch gemäß verurteilt:

Da der Beklagte die Herstellung des ehelichen Lebens mit

der Klägerin ohne rechtmäßige Ursache verweigert, so hat er kraft Gesetzes der von ihm in solcher Weise verstoßenen Ehefrau den Unterhalt, welchen sie zufolge seiner Weigerung nicht im gemeinsamen Haushalt finden kann, in Form von Alimentenreichung zu gewähren.

An sich, d. h. abgesehen von der Höhe der Alimente, besteht diese gesetzliche Verpflichtung unabhängig davon, ob der Beklagte das Vermögen der Klägerin in Händen hat oder nicht. Insbesondere kann sich der Beklagte dieser Verpflichtung nicht durch das Verlangen entziehen, daß die Klägerin zuvor die erfolgte Einbringung ihres vollen Vermögens in die Ehe nachzuweisen habe. Ein solches Verlangen ist weder gesetzlich begründet, da die Alimentationspflicht des Ehemanns an sich zu der Pflicht der Ehefrau, ihm ihr Vermögen auszufolgen, überhaupt nicht im Verhältnis von Leistung zu Gegenleistuug in dem Sinn steht, daß auf die eine Leistung nur unter der Voraussetzung der Erfüllung der andern geklagt werden könnte, noch kann es auf den Vergleich vom 27. September 1887 gestützt werden, da dieser auf das jetzige Rechtsverhältnis der Parteien überhaupt keine Anwendung mehr findet. Denn nachdem inzwischen der Beklagte durch rechtskräftiges Urteil vom 12. Juli 1888 zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtet worden ist, trifft die für den Vergleichsabschluß wesentliche thatsächliche Voraussetzung, daß die Trennung auf beiderseitigem Einverständnis beruht, nicht mehr zu. Die Parteien wollten, wie im Zweifel anzunehmen ist, die vermögensrechtlichen Folgen der thatsächlichen Trennung für den Fall, daß diese Trennung auf einseitigem, vom andern Teil widersprochenen und vom Gericht als unstatthaft verworfenen Belieben einer Partei beruht, nicht derselben Beurteilung unterziehen, wie für den Fall, daß sie auf gegenseitiger Einwilligung beruhte. Durch den Vergleich sollte nicht überhaupt und für alle Zukunft der Zustand der thatsächlichen Trennung, sondern derjenige Zustand geregelt werden, welchen sie im Vergleich selbst zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht haben, nämlich die Trennung von unbestimmter Dauer, soweit und solange sie auf beiderseitigem Ein-

verständnis beruhen werde. Indem die Klägerin, woran sie durch den Vergleich nicht gehindert war, die Herstellung des ehelichen Lebens begehrt und das Gericht ihrem Verlangen entsprochen hat, weil dem Beklagten keine Weigerungsgründe zur Seite stehen, ist ihr rechtmäßiger Rücktritt vom Vergleich festgestellt, und der Beklagte kann weder aus dem Vergleich, noch aus dem dem Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens vorausgegangenen Urteil eine Einrede ableiten, welche den gesetzlichen Anspruch der Klägerin auf Alimente an sich berühren würde. Nur für die Höhe der Alimente ist die Frage, ob die Klägerin ihr volles Vermögen dem Beklagten ausgefolgt oder ob sie einen Teil noch in Händen hat, insofern erheblich, als erstenfalls der Beklagte ihren vollen Unterhalt bestreiten muß, während er andernfalls die Klägerin daneben auf den Ertrag des von ihr zurückbehaltenen Vermögens verweisen darf.

Daß die Klägerin noch eigenes Vermögen in Händen habe, war vom Beklagten darzuthun und zu beweisen; denn diese Thatsache würde nur die Einrede begründen, daß der Beklagte berechtigt sei, an dem Betrag der der Klägerin an sich zukommenden Alimente dasjenige abzuziehen, was aus dem eigenen Vermögen der Klägerin zur Bestreitung ihres Unterhalts verwendet werden könne.

Dieser Beweis wurde nicht geliefert.

Urteil des 2. Senats des Oberlandesgerichts vom 26. September 1889 in Sachen der Agathe Sch. c. den Gebhard Sch.

Die Revision gegen dieses Urteil wurde verworfen. In den Gründen des Reichsgerichts ist gesagt: Ohne Grund wird gerügt, es sei nicht geprüft, ob gesetzlich dem Beklagten nicht ein Retentionsrecht zustehe. Eben dies ist geprüft. Der Berufungsrichter geht, und zwar mit Recht davon aus, daß die Retentionseinrede Konnexität der beiderseitigen Ansprüche voraussetze, und erwägt zutreffend, daß die gesetzliche Alimentationspflicht des Ehemanns unabhängig davon, ob er das Vermögen der Ehefrau in Händen habe, bestehe und zu der Pflicht der

Ehefrau, ihr Vermögen auszufolgen, nicht im Verhältnis von Leiſtung und Gegenleiſtung ſtehe in dem Sinn, daß auf die eine Leiſtung nur unter der Vorausſetzung der Erfüllung der anderen geklagt werden könnte. Ferner:

Die Behauptung, daß Klägerin noch Vermögen in Händen habe, iſt allerdings, wie nicht verkannt iſt, inſofern erheblich, als Beklagter, ſoweit dies der Fall wäre, verlangen könnte, daß Klägerin ihren Unterhalt aus dieſem Vermögen beſtreite. Dieſe Behauptung hatte aber der Beklagte zu beweiſen.

30.

Iſt der Anſpruch der Ehefrau auf Erhöhung der ihr von dem Ehemann während faktiſcher Trennung der Ehe zu reichenden vertragsmäßigen Alimenten gegründet, wenn ſich das im Beſitze des Ehemanns befindliche gemeinſchaftliche Vermögen vermehrt hat, oder wenn die Alimente für das Bedürfnis der Ehefrau nicht mehr ausreichen.

Die H.'ſchen Eheleute haben ſich getrennt und für die Dauer ihrer faktiſchen Trennung am 16. Februar 1882 einen Vertrag abgeſchloſſen, wonach das gemeinſchaftliche Vermögen im Beſitz des Ehemanns bleiben, derſelbe aber der Ehefrau als Alimente jährlich 1250 M. bezahlen ſolle. Die Ehefrau verlangt Erhöhung dieſer Summe. Die Klage wurde abgewieſen.

Gründe.

Die Gültigkeit und Verbindlichkeit des von den Parteien am 16. Februar 1882 abgeſchloſſenen Vertrags wird von beiden Teilen anerkannt, ſoweit dadurch eine Vereinbarung über die Größe der von dem Beklagten während der Dauer der faktiſchen Trennung an die Klägerin zu zahlenden Alimente getroffen worden iſt. Dagegen wird von der Klägerin geltend gemacht, daß ſie wegen eingetretener Aenderungen der faktiſchen Verhältniſſe berechtigt ſei, vom Beklagten einen höheren Alimentenbeitrag zu fordern. Zur Begründung dieſes Anſpruchs hat die Klägerin geltend gemacht:

1) Der Vermögensstand des Beklagten sei beim Abschluß des Vertrags vom Jahr 1882 naturgemäß zu Grunde gelegt worden, und habe die selbstverständliche Voraussetzung für die Bestimmung der Größe der vom Beklagten jährlich zu zahlenden Alimente gebildet. Es sei daher ebenso naturgemäß, daß die Höhe der zu zahlenden Alimente nur für so lange festgesetzt worden, als das Vermögen, aus dem sie zu reichen waren, im wesentlichen gleich blieb. Da dieses Vermögen seit dem Jahr 1882 sich erheblich vermehrt habe, so sei die Klägerin berechtigt, einen höheren Alimentenbetrag zu verlangen. Allein wenn auch zuzugeben ist, daß bei der vertragsmäßigen Festsetzung von Alimenten die Größe des Vermögens als ein wesentliches Moment von den Kontrahenten behandelt und die Größe der Alimente nur für so lange festgesetzt werden kann, als das Vermögen im wesentlichen gleich bleibt, so ist dies doch nicht immer und notwendig der Fall, und es spricht für eine solche Absicht der Kontrahenten auch keine Vermutung; vielmehr ist dies eine Thatfrage, welche im einzelnen Falle dargethan werden muß, und welche die Klägerin, welche einen Anspruch hieraus ableiten will, zu beweisen hätte. Für die Annahme einer solchen Absicht der Kontrahenten fehlt es aber im vorliegenden Falle nicht nur an jedem Beweise, sondern es spricht hiegegen ganz entschieden der Inhalt der Vertragsurkunde vom 16. Februar 1882, insofern darin von der Größe des Vermögens des Beklagten gar nicht die Rede ist, und die jährlich zu bezahlenden Alimente ganz allgemein und unbeschränkt, also mindestens für die Dauer der faktischen Trennung auf 1250 M. festgesetzt worden sind. Wenn daher auch die Klägerin beim Abschluß des Vertrags vom Jahr 1882 der Angabe des Beklagten, daß sein Kapitalvermögen 80 000 M. betrage, Glauben geschenkt hätte, so könnte hieraus doch nicht entnommen werden, daß jener Vertrag nur für so lange abgeschlossen werden wollte, als das Vermögen des Beklagten den Betrag von 80 000 M. nicht wesentlich übersteige. Ist aber hiernach nicht erwiesen, daß der Vertrag über die Größe der vom Beklagten zu zahlenden Alimente nur für so lange ab-

geſchloſſen worden iſt, als das Vermögen des Beklagten die Summe von 80 000 M. nicht weſentlich überſteige, ſo kann die Klägerin auf Grund der Behauptung, daß das Vermögen des Beklagten erheblich gewachſen ſei, weder die Ungültigkeit jenes Vertrags, noch den Anſpruch auf die Bezahlung eines höheren Alimentenbetrags ableiten, und es erſcheint alles dasjenige als unerheblich, was die Klägerin zum Beweiſe der Größe des Vermögens des Beklagten geltend gemacht hat.

2) Gegen die weitere Behauptung der Klägerin, daß die in dem Vertrag vom 16. Februar 1882 feſtgeſetzten Alimente infolge der veränderten Verhältniſſe zur Deckung ihrer Bedürfniſſe nicht mehr ausreichen, hat der Beklagte eingewendet, daß durch Vergleich feſtgeſetzte Alimente einer Abänderung durch Richterſpruch auch dann nicht unterliegen, wenn dieſelben infolge der veränderten Verhältniſſe nicht mehr ausreichend ſeien. Dieſe Einrede iſt jedoch nicht begründet. Denn die Alimentationspflicht des Ehemanns gegenüber ſeiner Ehefrau iſt eine geſetzliche Folge und Wirkung der Ehe, auf welche zum voraus nicht verzichtet, und welche durch Privatvereinbarung zwiſchen den Ehegatten nicht aufgehoben werden kann.

Wenn daher auch die Gültigkeit und Wirkſamkeit eines Vertrags zwiſchen Ehegatten, durch welchen das Maß der während der faktiſchen Trennung zu gewährenden Alimente feſtgeſetzt wird, wenn und ſoweit dadurch die Ehefrau die zu ihrem Bedürfnis erforderlichen Alimente erhält, nicht zu beanſtanden iſt, ſo kann doch ein ſolcher Vertrag nicht als gültig und unanfechtbar betrachtet werden, wenn dadurch der Ehefrau die zu ihrem Bedürfnis erforderlichen Mittel, ſei es von anfang an oder ſpäter infolge der Aenderung der Verhältniſſe, nicht gewährt werden Die Ehefrau hat zwar an ſich einen Anſpruch nicht bloß auf notdürftige, ſondern auf bürgerliche Alimente; allein die Größe der letzteren durch Vertrag feſtzuſtellen, ſind die Ehegatten nicht gehindert, und nachdem die Klägerin ſich mit der Summe von 1250 M. per Jahr für die Dauer der faktiſchen Trennung vertragsmäßig für befriedigt erklärt hat, iſt ſie an dieſen Vertrag gebunden, und es iſt nicht mehr Sache

des Richters zu prüfen, ob die Klägerin nach ihren Verhältnissen ohne den Vertrag während der Dauer der faktischen Trennung höhere Alimente hätte ansprechen können, sondern nur, ob die vertragsmäßige Alimentensumme zur Deckung der notwendigen Bedürfnisse der Klägerin ausreichend ist.

Hiernach könnte die Klägerin eine Erhöhung der ihr vertragsmäßig zugesagten Alimente zwar dann verlangen, wenn dieselben zur Deckung ihrer notwendigen Bedürfnisse nicht ausreichend wären; allein diese Voraussetzung hat die Klägerin weder thatsächlich genügend begründet, noch erwiesen.

Der Betrag von 1250 M. per Jahr ist an sich als ausreichend zu betrachten, um die Bedürfnisse einer einzelnen Frau bei einfacher und sparsamer Lebensweise davon befriedigen zu können, und die Klägerin hat auch seit dem Jahr 1882, ohne Not zu leiden, mit der ihr vertragsmäßig gewährten Alimentensumme gelebt. Daß aber seit dem Jahr 1882 eine erhebliche Aenderung ihrer Verhältnisse eingetreten, und daß ihre Bedürfnisse erheblich gewachsen seien, kann aus den von der Klägerin geltend gemachten Thatumständen nicht entnommen werden. Dies wird des weiteren dargelegt.

Urteil des 2. Civilsenats des Oberlandesgerichts in der Berufungssache der H. H. von Pforzheim gegen ihren Ehemann Ph. H. in M. vom 19. September 1889.

31.

Was ist unter unbeschränktem Verwaltungsrecht zu verstehen?

In dem Erbvertrag der G.'schen Eheleute wurde bestimmt, daß auf Vorabsterben des Ehemanns die Ehefrau und deren ersteheliche Tochter die Erben desselben sein sollen. Sodann wurde weiter verfügt: „auf das Absterben eines Ehegatten unterbleibt aber nicht nur Obsignation, sondern auch Inventur und Teilung, indem der überlebende Ehegatte im Besitz, Genuß und unbeschränkter Verwaltung des gesamten Vermögens bleibt, solange er sich nicht wieder verehelicht."

Nach dem Tode des Ehemanns wollte die Witwe das in

der Maſſe befindliche Haus veräußern. Die Tochter widerſprach und beſtritt ihrer Mutter das Recht hiezu, vornehmlich mit Beziehung auf die in Boſcher's Zeitſchrift B. 26. S. 4 ff. enthaltene Entſcheidung. Es wurde, unter Abänderung des erſten Urteils erkannt, daß die Beklagte ſchuldig ſei, die Berechtigung der Klägerin zur Veräußerung des Hauſes anzuerkennen.

Gründe:

Auf Grund der l. 58. Dg. 3,3. l. 7 pr. Dg. 39,5. l. 9 § 4. Dg. 41,1. l. 10 Codic. 4,26. cap. 4. de procur. in 6. 1,19. wird in der Wiſſenſchaft und Rechtſprechung angenommen, daß derjenige, welchem die libera administratio, die freie — unbeſchränkte — uneingeſchränkte — Verwaltung eingeräumt iſt, im Gegenſatze zu demjenigen, welchem nur die einfache Verwaltung übertragen iſt, auch zu Veräußerungen des dieſer Verwaltung unterliegenden Vermögens, beweglichen und unbeweglichen, befugt ſei und es gilt dieſer Ausdruck, libera administratio, freie, unbeſchränkte Verwaltung, als ein techniſcher, mit welchem nicht bloß das Recht zur Verwaltung, ſondern auch die Veräußerungsbefugnis bezeichnet wird [1]).

In der gleichen Bedeutung wird der Ausdruck in der württembergiſchen Geſetzgebung und Litteratur gebraucht [2]).

Es wird weiter ausgeführt, dieſem Sprachgebrauch, den der Verfaſſer des Erbvertrags zweifellos gekannt habe, gegenüber müßten triftige Gründe vorliegen, um einen andern Willen der Vertragſchließenden annehmen zu können. Solche ſeien

---

1) Sintenis, Pand. II S. 571 Note 27; Holzſchuher, Theorie ꝛc. II, 2. S. 543; Seuffert's Pandekten § 337 Note 3; Bayer, Vorträge S. 346. 341; Linde, Civilproz. § 133 S. 171; Seuffert's Archiv Bd. II, S. 74 Bd. 29 S. 66. 67, Bd. 34, S. 195; Wächter, Pandekten I, S. 420; Dernburg, Pandekten 1, S. 273.

2) Siehe Pfandgeſetz Art. 25; Entwurf eines Geſ. über eheliches Güterrecht A. 47 § 303 S. 53; Consil. Tubing. Bd. IX cons. 68 Ziff. 7; Bolley, „das Wichtigſte" S. 290 § 155; Derſelbe, von öffentl. Unterpfändern S. 124 II, S. 135; Sarwey, Monatſchrift B. 4, S. 53, B. 13, S. 210 Ziff. 6, B. 8, S. 485; Boſcher, Zeitſchrift Bd. 4, S. 13, B. 7, S. 105: Stein-Hohl, S. 350 III A., S. 358, S. 414 III, S. 415, S. 534 3. Abſ.

nicht vorhanden, im Gegenteil weisen noch andere Gründe darauf hin, daß dem Ueberlebenden das Veräußerungsrecht auch an der Liegenschaft habe eingeräumt werden wollen.

Hinsichtlich einer Einwendung der Beklagten wurde sodann bemerkt: Es werde geltend gemacht: da die Ansicht, daß in dem Falle des Art. 36 Ziff. 1 des Notariatsgesetzes der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Verfügungsrecht über das ganze Vermögen einschließlich der Liegenschaft habe, schon zur Zeit des Abschlusses des Erbvertrags nicht unbestritten gewesen sei, so sei nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden von der gegenteiligen richtigen Ansicht ausgegangen seien, daß nämlich in einem solchen Falle dem Ueberlebenden bezüglich der Liegenschaft ein Veräußerungsrecht nicht zustehe.

Allein dieser Streit ist für die vorliegende Frage nicht von Bedeutung.

Der Entwurf des Notariatsgesetzes bestimmte in Art. 37, die Eventualteilung könne aufgeschoben werden, wenn sämtliche Beteiligte einverstanden seien und „wenn zugleich eine sichere Grundlage für die dereinstige Erbteilung durch allseitiges Anerkenntnis festgestellt sei."

Unter dieser sichern Grundlage wurde ein Inventar der Verlassenschaft oder wenigstens ein Vertrag über die dereinstige Auseinandersetzung verstanden. Die Kommission der Kammer der Abgeordneten sprach aber in ihrem Berichte [1]) die Voraussetzung aus, „daß diese sichere Grundlage für die dereinstige Erbteilung nicht gerade in der Aufnahme eines Verlassenschafts-Inventars bestehen müsse, sondern auch in der Verabredung der Erben gefunden werden könne, daß überhaupt derjenige Vermögensstand, welcher sich zur Zeit der einstigen Teilung darlegen werde, die Grundlage derselben bilden solle. Der Präsident der Kammer der Abgeordneten v. Wächter machte wiederholt darauf aufmerksam, daß dies etwas ganz anderes sei, als was der Entwurf bestimmen wolle; es werde hier gerade die sichere Grund-

1) Siehe Verhandl. der Kamm. der Abg. v. 1842 Bd. 16 S. 201 zu A. 37.

lage aufgegeben, es solle nach dieser Anschauung der Kommission auch dann die Eventualteilung aufgeschoben werden können, wenn die Beteiligten erklären, daß, wenn auch das Vermögen sich mindern sollte, sie mit demjenigen zufrieden seien, was ihnen der überlebende Ehegatte einst hinterlassen werde, also derjenige Vermögensstand, der zur Zeit der einstigen Realteilung sich darstellen werde, die Grundlage bilden solle.

Der Vertreter der Regierung war mit der Auffassung der Kommission einverstanden und wünschte nur, daß diese Voraussetzung in das Gesetz selbst aufgenommen werde. Demgemäß wurde in Ziffer 1 Absatz 2 der Satz eingeschaltet „oder daß die Erben sich dahin vereinigt haben, daß überhaupt derjenige Vermögensstand, welcher sich zur Zeit der einstigen Teilung darlegen werde, die Grundlage derselben bilden soll".

Nur über die Bedeutung einer derartigen Verabredung ergab sich Meinungsverschiedenheit: ob damit dem Ueberlebenden die freie Verfügung über das ganz unabgeteilte Vermögen übertragen sei. Niemals aber wurde in den hieher bezüglichen Erörterungen und Urteilen darüber gestritten, ob, wenn durch Erbvertrag oder durch Vereinbarung der Beteiligten bestimmt worden sei, die Eventualteilung solle unterbleiben und der überlebende Ehegatte solle die unbeschränkte Verwaltung des Vermögens haben, hierunter auch die Befugnis zur Veräußerung begriffen sei [1]).

Vielmehr wurde anerkannt, daß, wenn auch in der Abrede, der dereinstige Vermögensstand solle maßgebend sein, die Gestattung freier Veräußerung nicht gefunden werden könne, dies sich doch anders verhalte, wenn dem Ueberlebenden die libera administratio des Vermögens überlassen worden sei [2]).

Die G.'schen Eheleute haben nun aber in dem Erbver-

---

1) Siehe Boscher, Zeitschrift B. 4, S. 11, S. 40 Ziff. 2; Urteil des Obertribunals v. 14. Juni 1861 im Württ. Archiv B. 6, S. 238; Boscher Bd. 16 v. 1874, S. 225. 229; Stein-Hohl S. 279. 280; Entscheid. des Oberlandesger. v. 13. Juli 1883 bei Boscher B. 26 v. 1884 S. 4.

2) Siehe Boscher, Zeitschrift Bd. 16 S. 237.

trage vom 12. September 1871 nicht bestimmt, bei der dereinstigen Realteilung solle derjenige Vermögensstand, wie er sich zur Zeit derselben darlegen werde, die Grundlage bilden. Es ist daher hierher gleichgültig, welche Auslegung einer in Gemäßheit des Art. 36 des Notariatsgesetzes getroffenen Vereinbarung die richtige ist. Sie haben vielmehr ausdrücklich festgesetzt, dem Ueberlebenden solle die unbeschränkte Verwaltung des Vermögens zukommen.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 14. Juni 1889 in Sachen Gasteyger c. Raible.

32.

Recht zur Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach Scheidung der Ehe. Können mit der Geschäftsführungsklage Alimente für die Zukunft verlangt werden?

Die Klägerin, die geschiedene Ehefrau des Beklagten, verlangt von diesem behufs Ernährung des bei der Klägerin sich aufhaltenden, im Jahre 1876 geborenen gemeinschaftlichen Sohnes der Parteien mit ihrer im Jahr 1889 erhobenen Klage die Bezahlung von Alimenten, während der Beklagte einwendet, es sei ihm das Kind zu eigener Verpflegung herauszugeben. Auch bestreitet der Beklagte, daß mit der Geschäftsführungsklage auf Reichung von Alimenten für die Zukunft geklagt werden könne.

Der Beklagte wurde verurteilt, der Klägerin zur Alimentation des Sohnes der Parteien für die Zeit vom 8. Mai 1889 bis 8. Mai 1890 die Summe von 150 M., vorauszahlbar in monatlichen Raten, zu entrichten.

Gründe:

Was die Behauptung der Klägerin betrifft, daß der Beklagte verpflichtet sei, die Hälfte der Ernährungskosten des Sohnes Fr. Wilhelm zu tragen, sowie daß der Beklagte nicht berechtigt sei, denselben zur eigenen Erziehung von der Klägerin herauszuverlangen, so ist zunächst unbestritten, daß der

Sohn Fr. Wilhelm sich selbst noch nicht ernähren kann und kein eigenes Vermögen besitzt, sowie daß dem Beklagten die Mittel zur Ernährung seines Sohnes zu Gebot stehen. Die Alimentation der ehelichen Kinder, welche kein eigenes hinreichendes Vermögen besitzen, ist aber nach württembergischem Recht eine gemeinschaftliche Pflicht der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Eltern, und dieses Rechtsverhältnis erleidet auch durch die Scheidung der Ehe an sich keine Aenderung [1]).

Nun soll zwar nach der gesetzlichen Vorschrift in Novelle 117 cap. 7 nach der Scheidung der Ehe das Recht zur Erziehung der Kinder dem an der Ehescheidung unschuldigen Teile zustehen, und es ist unbestritten, daß die am 17. Oktober 1871 zwischen den Parteien geschlossene Ehe durch Urteil der II. Civilkammer des K. Landgerichts in Ulm vom 29. März 1889 wegen Quasidesertion seitens der Klägerin (damaligen Beklagten) geschieden und, daß die Klägerin hiebei als der schuldige Teil behandelt worden ist.

Allein die erwähnte Vorschrift der Novelle 117 cap. 7 ist keine absolut bindende, vielmehr kommt bei der Entscheidung der Frage, welchem der Eltern die Erziehung der Kinder zu überlassen sei, hauptsächlich das Wohl der Kinder selbst in Betracht, und der Richter kann von dieser gesetzlichen Bestimmung abweichen, wenn überwiegende Gründe hierfür sprechen [2]).

Solche überwiegende Gründe liegen aber im vorliegenden Falle vor. Der am 31. Januar 1876 geborene Sohn Friedrich Wilhelm ist von jeher bei der Klägerin gewesen und von derselben mit Aufopferung und mit ihrem kümmerlichen Verdienste ernährt und erzogen worden, wie vom Schultheißenamte L. in dem Vorprozeß bestätigt wurde. Der Sohn Fr. Wilhelm besucht noch bis zum Monat Mai 1890 die Schule in L. und müßte kurz vor dem Schlusse seiner Schulzeit und vor seiner Konfirmation in eine andere Schule nach U. gebracht werden, wenn er dem Beklagten zur Erziehung über-

1) Landrecht IV, 4 § 6; Lang, Pers.Recht S. 401; Württ. Archiv Bd. XI, S 234; Entscheid. des Reichsger. Bd. VIII, S. 185.

2) Württ. Archiv Bd. IV, S. 433 f.; Lang, Person.Recht S. 400 f.

lassen würde. Eine solche Veränderung wäre aber für das geistige Wohl derselben entschieden nachteilig.

Der Beklagte hat seinerseits seine Familie im Jahre 1876, also kurze Zeit nach der Geburt dieses Sohnes, ohne triftigen Grund verlassen, und sich seitdem um die Ernährung und Erziehung seines Sohnes lediglich nichts bekümmert. Er hat damit die ihm obliegenden Pflichten gegen seinen Sohn in gröblicher Weise vernachlässigt und gezeigt, daß ihm das körperliche und geistige Wohl seines Sohnes ganz gleichgültig ist. Es ist deshalb auch nicht anzunehmen, daß dem Sohne im Hause des Beklagten eine liebevolle Aufnahme und eine geordnete Pflege und Erziehung zu Teil würde, zumal da der Beklagte wieder geheiratet hat, und von der Stiefmutter die gleiche Fürsorge für seinen Sohn nicht zu erwarten ist, wie von der leiblichen Mutter. Die Wahl eines Berufs für den Sohn Friedrich Wilhelm wird allerdings in kurzer Zeit erforderlich sein; allein es ist nicht abzusehen, warum dies den sofortigen Uebertritt des Sohnes in das Haus des Beklagten nötig machen soll, da der Beklagte kein eigenes Geschäft hat, sodaß er seinen Sohn nicht beschäftigen und in seinem Gewerbe nicht unterweisen kann.

Unter diesen Umständen erscheint der Anspruch der Klägerin auf Ueberlassung ihres Sohnes zur Erziehung bis zum Schlusse seiner Schulzeit im Interesse des Sohnes und mit Rücksicht auf dessen Wohl gerechtfertigt, wenn derselbe auch in einem Alter steht, in welchem er der vorzugsweisen Pflege der Mutter an sich nicht bedürftig ist.

Der Beklagte ist daher auch verpflichtet, die Hälfte der Ernährungskosten für seinen Sohn Friedrich Wilhelm zu bezahlen und er kann sich dieser Verpflichtung nicht durch das Erbieten entschlagen, denselben in eigene Kost und Pflege zu übernehmen, da ihm ein Anspruch auf Herausgabe seines Sohnes zur eigenen Ernährung und Erziehung nicht zusteht.

Erfüllt aber die Klägerin durch die Ernährung und Erziehung des gemeinschaftlichen Sohnes zugleich eine dem Beklagten zur Hälfte obliegende Verbindlichkeit, so ist sie auch berechtigt, vom Beklagten mit der Geschäftsführungsklage Er-

ſatz hiefür zu verlangen, und zwar kann mit dieſer Klage nicht bloß der Erſatz der bereits aufgewendeten Koſten, ſondern auch die Verpflichtung zum Erſatze des durch die Geſchäftsführung noch erwachſenden Aufwandes gefordert werden, da es ſich hiebei um ein fortdauerndes Verhältnis handelt, bezüglich deſſen Feſtſtellung für die Zukunft die Klägerin ein rechtliches Intereſſe hat [1]).

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 5. Dezember 1889 in der Berufungsſache Schiedt c. Schiedt.

33.

Vermutung für die Vaterſchaft eines Kindes bei einer Putativehe.

Beklagter hat ſich am 11. April 1887 mit der Adelheid W. verheiratet. Am 2. Januar 1888 hat die letztere ein Kind geboren, um deſſen Vaterſchaft es ſich handelt. Durch Urteil vom 11. Mai 1888 wurde die Ehe für ungültig erklärt wegen weſentlichen Irrtums des Beklagten über die Jungfrauſchaft der W.

Der Pfleger des Kindes klagt auf Anerkennung der Vaterſchaft gegen den Beklagten. Der Letztere iſt dem Klagegeſuch gemäß verurteilt, weil er nicht zu beweiſen vermochte, daß kein geſchlechtlicher Umgang zwiſchen ihm und ſeiner Ehefrau ſtattgefunden habe. Hiebei wurde bemerkt:

Die vom Beklagten ohne nähere Begründung vertretene Anſicht, von einer Putativehe könne nur in den Fällen die Rede ſein, wo die Ehe wegen eines öffentlichen Ehehinderniſſes nichtig ſei, iſt unhaltbar. Denn es würde daraus folgen, daß Kinder aus einer anfechtbaren Ehe ſchlechter geſtellt wären, als Kinder aus einer nichtigen Ehe, was offenbar verkehrt wäre.

Es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß die Ehe des Beklagten mit der Adelheid W. als Putativehe zu gelten hat, weil Beklagter nach ſeinem eigenen Vorbringen von dem Ehe-

1) Württ. Archiv Bd. IV S. 439.

hindernis — das ja eben in einem auf seiner Seite obwaltenden Irrtum bestand — keine Kenntnis hatte. Demzufolge kommen dem nach dem 182. Tag seit der Eheschließung von der Ehefrau geborenen Kind dieselben Rechtsvermutungen zu statten, wie einem in einer gültigen Ehe geborenen Kinde [1]), also auch die Rechtsvermutung, daß es vom Ehemann erzeugt ist. Kläger ist daher eines weiteren Beweises für seine Abstammung vom Beklagten enthoben, und es wäre Sache des Beklagten, seinerseits nachzuweisen, daß das klagende Kind nicht von ihm erzeugt worden ist, beziehungsweise erzeugt worden sein kann.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 15. November 1889 in Sachen des Andreas K. c. den Karl W.

34.

Erbrecht des unehelichen Vaters an dem unehelichen Kind. Wiedereinsetzung gegen einen Vergleich. Fehlende obervormundschaftliche Genehmigung.

Die minderjährige Klägerin hat mit dem gleichfalls minderjährigen Beklagten geschlechtlichen Umgang gepflogen und ist am 3. August 1888 von einem Kinde entbunden worden. Am 18. November 1888 hat ihr Vater als ihr und ihres Kindes Vertreter mit dem Vater des Beklagten als Vertreter des letzteren einen Vergleich abgeschlossen, nach welchem der Beklagte der Klägerin 100 M. und ihrem Kinde 1100 M. als Abfindung für Kränzchen, Tauf- und Kindbettkosten, sowie für Alimente zu bezahlen versprach. Nachdem das Kind am 9. Dezember 1888 gestorben war, verlangte die Klägerin mit Berufung darauf, daß sie ihres Kindes Erbschaft angetreten habe, vom Beklagten die Bezahlung der vollen Abfindungssumme von 1200 M.

Der Beklagte verneinte in Bezug auf ein Sechsteil dieser

1) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht IV, § 251 Note 1; Motive zu § 1562 Entw. bürg. G.B. IV, S. 843.

Forderung das Recht der Klägerin zur Einklagung derſelben, weil zu dieſem Teil der uneheliche Vater des Kinds deſſen Erbe ſei, und beſtritt die ganze Klagforderung deshalb, weil das Fortleben des Kindes eine Vorausſetzung des Vergleichs gebildet habe, weil die Klägerin ferner in der kritiſchen Zeit mit andern Männern Umgang gehabt und dies bei Eingehung des Vergleichs verſchwiegen habe. Zugleich beantragte Beklagter wegen ſeiner Minderjährigkeit Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen den erwähnten Vergleich.

Der Richter erſter Inſtanz hat die Klage zu einem Sechsteil von 1100 M. zur Zeit abgewieſen, im übrigen aber auf einen von der Klägerin zu leiſtenden Eid über die Einrede der mehreren Zuhälter erkannt.

Die Klägerin hat Berufung erhoben und der Beklagte ſich der Berufung angeſchloſſen. Der Letztere hat ſich für ſeine Behauptung, daß er durch den Vergleich benachteiligt ſei, darauf berufen, daß die obervormundſchaftliche Genehmigung des Vergleichs auf Seiten des Kinds gefehlt habe, der Beklagte alſo der Gefahr ausgeſetzt geweſen ſei, die Abfindung von 1100 M., hernach aber, wenn dies nicht gereicht hätte, noch Alimente zahlen zu müſſen. Sowohl die Berufung als die Anſchließung wurde zurückgewieſen.

Gründe:

I. Nach württemberg. Rechte ſteht dem Vater an ſeinem unehelichen Kinde ein geſetzliches Erbrecht zu 1/6 des Nachlaſſes zu. Das römiſche Recht gewährt nämlich in Nov. 89 c. 12 den Konkubinenkindern ein Inteſtaterbrecht auf den ſechſten Teil des Nachlaſſes ihres Erzeugers, wenn derſelbe keine Witwe und keine rechtmäßigen Kinder hinterläßt, und in Nov. 89 c. 13 ein gleiches Erbrecht dem unehelichen Erzeuger gegen ſeine Konkubinenkinder. Durch das cap. 13 cit. iſt ſonach das in cap. 12 § 4—6 cit. geregelte Erbrecht der Konkubinenkinder gegen ihren Erzeuger für ein gegenſeitiges erklärt, wie überhaupt das geſetzliche Erbrecht der Aſzendenten und Deſcendenten für die Regel ein gegenſeitiges iſt [1]). Im dritten Landrecht

1) Sintenis, Civilrecht Bd. 3 § 162 a. E.

T. IV Tit. 18 § 1 und 5 ist das, was die angeführte Novelle in cap. 12 von dem den Konkubinenkindern zustehenden Erbrechte bestimmt, auf die „Natural-, Leib- oder Liebkinder", d. h. die von zwei Personen ledigen Stands, welche einander ehelichen könnten, erzeugten Kinder ausgedehnt worden, ohne daß jedoch zugleich eine Bestimmung über das ihrem Erzeuger ihnen gegenüber zustehende Erbrecht getroffen worden wäre.

Daraus, daß das Landrecht des Erbrechtes des Vaters dieser unehelichen Kinder nicht erwähnt, folgt noch nicht, daß dasselbe nach dem Landrecht nur einseitig den unehelichen Kindern zustehen solle; insbesondere berechtigt zu diesem Schluß nicht der Umstand, daß in dem angeführten Landrechtstitel, welcher nach seiner Rubrik („Wie die Kinder, so nicht ehelich geboren, noch hernacher legitimiert worden, ihre Eltern beerben") und seiner Stellung in dem Abschnitt von der Succession der Deszendenten im wesentlichen das Erbrecht der Kinder zum Gegenstand hat, auch über das der Mutter eines unehelichen Kindes und ihren Verwandten diesen gegenüber, sowie den unehelichen Kindern derselben Mutter untereinander zustehende Erbrecht Bestimmung getroffen worden ist (Landrecht cit. § 7 u. 8). Denn es bestimmt Landrecht T. IV Tit. 21 § 10 ausdrücklich, daß in demselben die „vornehmbste und gemeinste Erbfäll, so sich bei Unsers Hertzogsthumbs Unterthanen und Zugewandten zwischen Eheleuten, Kindern, Eltern und Blutsverwandten (ab intestato) begeben mögen", normiert seien, und verweist bezüglich der übrigen Fälle auf das gemeine Recht; es kann daher der im Landrecht unterbliebenen Erwähnung des Erbrechts des Vaters eines unehelichen Kinds nicht die Bedeutung der Aufhebung dieses Erbrechts beigelegt werden, zumal da dieses Erbrecht nur selten zur Anwendung kommen wird und damit erklärt ist, daß man seine Erwähnung im Landrecht nicht für geboten erachtet hat. Vielmehr ist dieses Erbrecht mit der in der angeführten Landrechtsstelle T. IV Tit. 18 § 1 u. 5 ausgesprochenen Ausdehnung auf uneheliche Kinder überhaupt als fortbestehend zu betrachten. Diese Ausdehnung beruht nämlich nach der Relation von

Eisengrein zu dem fraglichen, in das III. Landrecht neu aufgenommenen, Titel darauf, daß zwar das Erbrecht der Konkubinenkinder an ihren Erzeuger dem Verbote des Konkubinats unerachtet an sich noch fortbestehe, daß aber das letztere noch mehr, als die einfache Unzucht, verboten, deshalb eine Begünstigung der Konkubinenkinder vor den in einfacher Unzucht erzeugten nicht gerechtfertigt, überhaupt der Unterschied zwischen beiden nicht mehr aufrecht zu erhalten und die letzteren den ersteren »per omnia quoad jura successionis attinet«, gleich zu stellen seien [1]). Es sind dies im wesentlichen dieselben Gründe, welche auch sonst in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts jener Zeit für fragliche Ausdehnung geltend gemacht werden [2]). Wollte man die Ausdehnung des Erbrechts des Erzeugers von Konkubinenkindern an diese auf dessen uneheliche Kinder überhaupt nicht anerkennen, so würde nach der Rechtsanschauung zur Zeit der Publikation des III. Landrechts den unehelichen Kindern ein Erbrecht an ihren Erzeuger, diesem aber ein Erbrecht nur an seine Konkubinen-, nicht auch an seine sonstigen unehelichen Kinder zustehen. Dies stände mit dem Grundsatz, wornach das Erbrecht zwischen den Konkubinenkindern und deren Erzeuger, wie überhaupt für die Regel das Erbrecht zwischen Deszendenten und Aszendenten, ein gegenseitiges ist, im Widerspruch, kann daher nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen. Es muß daher aus demselben Grunde, welcher in der angeführten Landrechtsstelle zur Ausdehnung des Erbrechts der Konkubinenkinder an ihren Erzeuger auf dessen uneheliche Kinder überhaupt geführt hat, auch die Ausdehnung des dem Erzeuger an seine Konkubinenkinder zustehenden Erbrechts auf die unehelichen Kinder überhaupt angenommen werden. Daß diese Gleichstellung in der Absicht des Gesetzgebers liegt, darf umsoweniger bezweifelt werden, als auch sonst im III. Landrecht eine Reihe ursprünglich auf die Konkubinenkinder beschränkter Grundsätze des römischen Rechts im Einklang mit

1) Vorarbeiten von Faber ꝛc. S. 523 f.

2) M. S. Mayer, Das Intestaterbrecht der liberi naturales S. 85—117.

der damals im gemeinen Rechte herrschenden Anschauung auf die unehelichen Kinder ausgedehnt worden sind, so die Grundsätze über Legitimation der Konkubinenkinder in L.R. T. IV Tit. 17; diejenigen über den Alimentationsanspruch derselben im L.R. T. IV Tit. 18 § 2 und 4, und der Grundsatz, wornach ein Vater, welcher eheliche Kinder hinterläßt, seinen Konkubinenkindern und deren Mutter nicht mehr, als den zwölften Teil seiner Erbschaft, zuwenden kann, in Landrecht T. III Tit. 11 § 11 [1]).

Für das Erbrecht des unehelichen Vaters an seine Kinder hat sich auch die Doktrin und Praxis in Württemberg ausgesprochen [2]).

Hienach ist davon auszugehen, daß dem unehelichen Erzeuger dasselbe Intestaterbrecht auf 1/6 des Nachlasses des unehelichen Kindes, welches das letztere dem ersteren gegenüber hat, zusteht, vorausgesetzt, daß das uneheliche Kind, oder, wie Andere wollen [3]), der Erzeuger weder eheliche Kinder, noch eine Ehefrau hat, und kann dahin gestellt bleiben, ob sich, wie der Unterrichter angenommen hat, für Württemberg die Geltung dieses Rechtssatzes auf Gewohnheitsrecht zurückführen läßt [4]).

II. Während Beklagter seine Vaterschaft zum Kinde der Klägerin bestreitet, hat sich letztere im gegenwärtigen Prozesse selbst darauf berufen, daß ersterer der Vater ihres Kindes sei. Zufolge dieser eigenen Erklärung der Klägerin ist nach dem Obenausgeführten der Beklagte, welcher so wenig, wie sein Kind, eheliche Kinder oder eine Ehefrau hat, neben der nach

1) Zu vergl. Windscheid, Pand. Bd. II § 522 Anm. 1, § 415 Anm. 5 u. Bd. 3 § 550 Anm. 9.

2) v. Weißhaar, württbg. Privatrecht Bd. 2 § 682 S. 225; Reyscher, württbg. Privatrecht Bd. 3 § 636; Römer, Grundzüge des Erbrechts S. 17; Hohl-Stein, Handbuch Aufl. 5 S. 18 zu § 17, S. 24 zu 23; Lang, Personenrecht Aufl. 2 S. 569 Lit. b; Boscher, Zeitschrift Bd. 5 S. 1 ff. vergl. mit Bd. 8 S. 165.

3) Windscheid, Pand. Bd. III § 574 Anm. 13; auch civil. Archiv Bd. 50 S. 207.

4) S. hiezu Entsch. des ReichsG. Bd. 12 Nr. 56.

Landrecht T. IV Tit. 18 § 7 als unehelichen Mutter des Kinds in II. Klaſſe zu deſſen Erbſchaft berufenen Klägerin zu ⅙ derſelben mitberufen. Die Ausſchlagung dieſer Erbſchaft hat Beklagter nicht erklärt, namentlich liegt eine ſolche Ausſchlagung nicht darin, daß er im Prozeſſe ſeine Vaterſchaft behufs Anfechtung des Vergleichs vom 18. November 1888 beſtritten hat. Es geht im Gegenteil aus dem eigenen Vorbringen des Beklagten hervor, daß er die Erbſchaft ſeines Kindes anzutreten entſchloſſen iſt, ſobald ſeine Vaterſchaft zu demſelben durch die Eidesleiſtung ſeitens der Klägerin feſtgeſtellt iſt.

Auch ſteht dem dereinſtigen Erbſchaftsantritt des Beklagten nicht, wie Klägerin geltend macht, im Wege, daß ſeit Eintritt der Delation an ihn ein Jahr abgelaufen iſt, da Klägerin nicht behauptet, daß ihm eine Deliberationsfriſt von dieſer Dauer erteilt worden ſei, ſein Recht zum Erbſchaftsantritt daher durch den Ablauf dieſes Zeitraums noch nicht ausgeſchloſſen iſt [1]).

Nach den beim Anwachſungsrechte geltenden Grundſätzen können beim Vorhandenſein mehrerer Erben, von welchen ſich einer noch nicht über den Erbſchaftsantritt erklärt hat, die übrigen bis zu dieſer Erklärung keinen größeren Teil fordern, als wenn jener ſchon angetreten hätte; ſie können alſo den ihnen nach Wegfall desjenigen Erben, welcher ſich noch nicht erklärt hat, zufallenden Teil zunächſt noch nicht fordern, und erſt mit der Ausſchlagung ſeitens desſelben accreſciert ihnen deſſen Anteil [2]). Dieſe zunächſt bei der Erbſchaftsklage geltenden Grundſätze müſſen auch im vorliegenden Falle Platz greifen, in welchem Klägerin als Erbin die den Nachlaß bildende Forderung gegenüber von demjenigen, welcher ihrer Angabe nach der Vater ihres unehelichen Kindes, des Erblaſſers, und in dieſer Eigenſchaft gleichfalls zur Erbſchaft berufen iſt, geltend macht. Demgemäß iſt Klägerin inſolange, als ſich Beklagter nicht über Antritt oder Ausſchlagung der Erbſchaft

1) L.R. T. IV Tit. 22 § 18 „innerhalb dreißig Jahren."

2) Dig. si pars hered. pet. 5, 4: Sintenis, Civilrecht. Aufl. 2 Bd. III S. 560; Arndts, Pand. § 532.

seines Kindes erklärt hat, nicht zur Einklagung des fraglichen Sechstels berechtigt.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß Klägerin von der Teilungsbehörde in den ganzen Nachlaß ihres Kindes eingewiesen worden ist; denn es ist hiedurch ihre Ermächtigung zur Geltendmachung der auf fragliches Sechstel gerichteten Forderung noch nicht begründet worden; es liegt vielmehr in dieser Einweisung nichts weiter, als die von der Teilungsbehörde ausgesprochene Anerkennung des Alleinerbrechts der Klägerin. Mit Recht hat demgemäß der Unterrichter den Anspruch der Klägerin zu $^1/_6$ der den Nachlaß ihres Kindes bildenden Forderung zur Zeit abgewiesen, ihre hiegegen erhobene Berufung war daher zu verwerfen.

III. Die Anschließung des Beklagten betreffend, so bildete das Fortleben des Kinds der Klägerin keine Voraussetzung des Vergleichs vom 18. November 1888, die hieraus abgeleitete Einwendung des Beklagten erscheint daher nicht als begründet. Die Einrede der Arglist hat der Unterrichter als thatsächlich begründet erklärt, und den hiernach erheblichen Beweis der bestrittenen Vaterschaft des Beklagten zum Kinde der Klägerin von dem nach dem Fehlschlagen des Zeugenbeweises allein noch übrig bleibenden, vom Beklagten hiefür angetretenen Beweise durch Eideszuschiebung abhängig gemacht.

IV. Was das Gesuch des Beklagten um Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit betrifft, so erscheint derselbe durch den Vergleich vom 18. November 1888 nicht als benachteiligt. Denn ein derartiger Abfindungsvertrag ist seinem Wesen nach je nach der wirklichen Lebensdauer des zu Alimentierenden für den Alimentationspflichtigen mit Vorteil oder Nachteil verknüpft. Im vorliegenden Falle lag der Abschluß eines solchen Vertrags, der Möglichkeit des frühzeitigen Absterbens des Kindes unerachtet, unter den obwaltenden Verhältnissen entschieden im Interesse des Beklagten, was derselbe selbst nicht beanstandet. Hat unter diesen Umständen sein Vater als dessen Vertreter mit diesem Abschluß die in der Regel bei solchen Vergleichen mit dem frühzeitigen Absterben des Kindes verbundene Gefahr

eines nachteiligen Erfolgs dadurch übernommen, daß er für diesen Fall die Rückzahlung eines Teils der Abfindungssumme anzubedingen unterließ, so kann ihm mit Grund nicht vorgeworfen werden, er habe es bei Vornahme dieses Geschäfts an der gehörigen Vorsicht fehlen lassen oder sonst zum Nachteil des Beklagten etwas versehen, zumal da Beklagter selbst nicht behauptet, es sei schon zur Zeit des Vergleichabschlusses eine nachteilige Veränderung der Gesundheitsverhältnisse des Kindes zu besorgen gewesen. In der unterlassenen Vereinbarung dieser Rückzahlung liegt daher keine die Wiedereinsetzung begründende Verletzung [1]).

Ebensowenig ergibt sich eine solche Benachteiligung aus der Höhe der vereinbarten Abfindungssumme, welche den Verhältnissen angemessen ist.

Anlangend endlich denjenigen Nachteil, welchen Beklagter aus der Nichteinholung der vormundschaftlichen Genehmigung des Vergleichs vom 18. November 1888 auf klägerischer Seite ableitet, so konnte die Notwendigkeit solcher Genehmigung nur insofern in Frage kommen, als der Vater der Klägerin in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Pfleger ihres Kindes über die dem letzteren gegen seinen Vater zustehenden Alimenten-Ansprüche vergleichsweise verfügt hat [2]).

War aus diesem Grunde die vormundschaftliche Genehmigung des Vergleichs notwendig, so bildete derselbe zwar, solange die vormundschaftliche Genehmigung nicht nachgeholt war, ein sogenanntes negotium claudicans [3]), an welches der Beklagte und nicht auch das uneheliche Kind der Klägerin gebunden war. Es hat jedoch dieser Umstand den Vergleich nicht zu einem für den Beklagten nachteiligen gemacht. Denn solange diese Genehmigung des Vergleichs nicht nachgeholt oder dessen Nichtigkeit sonst geheilt war, konnte Beklagter einen ihm

1) l. 2 l. 3 Cod. si tut. interv. 2, 25 l. 7 § 8 Dig. minor. IV 4; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 15 Nr. 32 S. 181 f.; Entsch. des Oberlandesgerichts bei Bolscher, Zeitschrift Bd. 23 S. 123.

2) Gesetz vom 5. September 1839 Art. 28 Ziffer 1 Abs. 2 u. 4.

3) v. Wächter, württbg. Privatrecht Bd. 2 S. 666 f.

hierwegen drohenden Nachteil dadurch abwenden, daß er bis zum Eintritt dieser Heilung die Zahlung der Abfindungssumme verweigerte. Nunmehr ist aber die Gefahr eines solchen Nachteils beseitigt, nachdem Klägerin als Erbin ihres Kindes mit Zustimmung ihres Vaters den Vergleich durch Geltendmachung desselben genehmigt hat und damit dessen Nichtigkeit geheilt ist.

Sind somit die sämtlichen vom Beklagten angeführten Umstände nicht geeignet, seine Benachteiligung durch diesen Vergleich darzuthun, so erscheint seine Anschließung als unbegründet.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 9. Mai 1890 in Sachen der Karoline E. c. Konrad Kl.

35.

Einheit der Handlung bei der Testaments-Errichtung. Aus der Unabänderlichkeit einer Zuwendung an das Kind folgt noch nicht ein Recht des Vaters auf die Nutznießung an derselben.

In einem Ehe- und Erbvertrag, welchen der zukünftige Ehemann mit seiner zweiten Ehefrau abgeschlossen hat, war verfügt: Beim Vorabsterben des Ehemanns solle die Witwe 6000 M. erhalten, der gesamte Rest des vorhandenen Vermögens der Tochter erster Ehe Rosalie oder im Fall ihres Vorabsterbens ihren Kindern zufallen. Bei diesem Vertrag hat die Tochter erster Ehe Rosalie, sowie deren Ehemann mitgewirkt. Am Schlusse des Vertrags ist gesagt: „Diese Uebereinkunft, welche einseitig nicht aufgehoben oder abgeändert werden kann, bekräftigen und anerkennen auf deutliches Vorlesen durch ihre Unterschrift ꝛc." Unterzeichnet haben die bezeichneten 4 Personen. Nachdem die Tochter erster Ehe mit Hinterlassung eines Kindes gestorben war, hat deren Vater durch ein Testament seinem Schwiegersohne an dem Erbteil seines Kindes, des Enkels des Testators, die Nutznießung entzogen. Nachdem der Erblasser gestorben ist, klagt der Vater gegen die Pflegschaft seines Kindes auf Anerkennung seines

Nutznießungsrechts, da auch ihm gegenüber jene Uebereinkunft nicht habe abgeändert werden können.

In dem die Klage abweiſenden Urteil finden ſich die Sätze ausgeſprochen:

1. Die Gültigkeit des erwähnten Teſtaments läßt ſich in formeller Hinſicht nicht beanſtanden; insbeſondere iſt die geſetzliche Vorſchrift über die Einheit der Teſtierhandlung gewahrt. Denn die Frage, ob die für gemeinſchaftliche Teſtamente erforderliche abgeſonderte Befragung beider Ehegatten über ihre Willensfreiheit als unſtatthafte Unterbrechung der Einheit der Handlung anzuſehen ſei, iſt nicht bloß in Uebereinſtimmung mit der Rechtſprechung des württ. Obertribunals — Sarwey's Archiv Bd. 13 S. 385 — für die landrechtlichen Teſtamentsformen, ſondern aus dem gleichen Grund auch für die vorliegende gemeinrechtliche Form, deren Verwendbarkeit zur Errichtung gemeinſchaftlicher Teſtamente im württemb. Recht allgemein anerkannt iſt, zu verneinen.

Ferner wird durch den Umſtand, daß im Nachtragsvertrag die einſeitige Aufhebung oder Abänderung der darin enthaltenen Uebereinkunft unterſagt iſt, die Gültigkeit des Teſtaments als ſolchen nicht in Frage geſtellt. Auch wenn die M.'ſchen Eheleute durch dieſes Verbot dem Kläger gegenüber in dem von ihm behaupteten Umfang gebunden waren, ſo wäre ihnen hiedurch die Fähigkeit, ein gültiges Teſtament zu errichten, doch nicht entzogen; vielmehr unterliegt das Teſtament nur der Anfechtung, ſoweit nachgewieſen werden kann, daß darin vertragsmäßige Rechte verletzt ſind.

Da hiernach die Entziehung des väterlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrechts nicht bloß auf einer allgemeinen geſetzlichen Befugnis beruhte, ſondern auch in einem an ſich gültigen Teſtament verfügt worden iſt, ſo iſt es Sache des Klägers, darzuthun, daß dieſe Entziehung einem mit ihm geſchloſſenen Vertrag zuwiderlaufe, m. a. W., daß er auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht einen vertragsmäßigen Anſpruch erworben habe. Das iſt dem Kläger nicht gelungen, weil, ſeine eigenen thatſächlichen Aufſtellungen zu Grund gelegt, gar nicht

dargethan ist, daß das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht überhaupt Gegenstand einer vertragsmäßigen Festsetzung zwischen ihm oder seiner Ehefrau und den M.'schen Eheleuten war.

2. Der Vertrag bestimmt zwar „der gesamte Rest des vorhandenen Vermögens soll der Tochter erster Ehe Rosalie oder im Fall ihres Vorablebens ihren Kindern zufallen" und es ist diese Bestimmung unabänderlich.

Eines Verwaltungs- oder Nutznießungsrechts an diesem Erbteil der Kinder erwähnt dagegen die Vertragsurkunde in keinerlei Form, weder überhaupt noch in Absicht auf die Person des Klägers. Ausgesprochen ist hiernach nur, unter welcher Voraussetzung und in welchem Umfang die etwaigen Enkelkinder den Großvater beerben sollen, nicht aber, ob und was für Rechte dem Kläger an deren Erbteil zukommen sollen. Die Vertragschließenden mögen hiebei (wofern sie sich die Konsequenzen dieses Falles trotz des damaligen Nichtvorhandenseins von Kindern überhaupt in vollem Umfang vergegenwärtigt haben) sich bewußt gewesen sein, daß in Ermanglung anderweiter Verfügung dem Kläger als Vater dieses Recht kraft Gesetzes zukomme. Allein hieraus würde für ihre Absicht nur folgen, daß die gesetzliche Regel insolange Platz greifen solle, als keine anderweite Verfügung getroffen werde. Daß dagegen die M.'schen Eheleute des Rechtes, hierüber anderweite Verfügung zu treffen, sich dem Kläger gegenüber begeben wollten, wäre hiermit noch keineswegs dargethan, das am Schluß des Vertrags ausgesprochene Verbot einseitiger Aufhebung oder Abänderung der Uebereinkunft bezieht sich selbstverständlich nur auf dasjenige, was wirklich Gegenstand der Uebereinkunft war. Darüber, ob das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht Gegenstand der Uebereinkunft war, giebt dieses Verbot so wenig, wie der übrige Inhalt des Vertrags irgend welche Auskunft.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 28. März 1889 in Sachen Dominicus Sorg c. Joseph Sorg'sche Pflegschaft.

36.

Erbeinſetzung oder Vermächtnis? Teilung des Nachlaſſes unter Deſcendenten.

Das Thatſächliche ergiebt ſich aus den Gründen:

1. Der Streit der Parteien bewegt ſich ausſchließlich um die Frage, ob durch die letztwillige Verfügung ihres Großvaters das formelle Noterbrecht, welches die Klägerin infolge des Vorabſterbens ihres zum Erben eingeſetzten Vaters gegenüber dem Erblaſſer erlangt hat, gewahrt iſt oder nicht. Die Klägerin glaubt darin nur mit einem Vermächtnis bedacht zu ſein, wodurch zwar ihrem Pflichtteilsanſpruch (deſſen Verletzung ſie nicht behauptet), nicht aber ihrem formellen Noterbrecht genügt wäre.

Nun iſt zwar zuzugeben, daß der Ausſpruch des Erblaſſers, mittels deſſen er in ſeinem Teſtament die Beteiligung der Klägerin an ſeinem Nachlaß verfügte: „würde der Sohn Johannes vor mir ſterben, ſo hat die Eliſabeth St. (Beklagte) ihrer Stiefſchweſter Angelika Sch. (Klägerin) jene dem Vater ſtipulierten 400 M. zu bezahlen," einen Wortlaut hat, welcher in der Regel eher auf die Ausſetzung eines Vermächtniſſes, als auf eine Nacherbeinſetzung ſchließen laſſen wird. Allein wenn ſich die Frage erhebt, ob dieſe Form der Zuwendung notwendig als Vermächtnis aufgefaßt werden muß und nicht vielmehr auch als Nacherbeinſetzung aufgefaßt werden *kann*, ſo bietet die konkrete Sachlage überwiegende Gründe für eine Beantwortung dieſer Frage in letzterem Sinn.

2. Zu einer rechtswirkſamen Nacherbeinſetzung genügt auch ohne den Gebrauch eines bezüglichen Worts jede Erklärung des Erblaſſers, aus welcher hervorgeht, daß er eine beſtimmte Perſon an Stelle eines eingeſetzten Erben für den Fall treten laſſen wollte, daß dieſer nicht zur Erbſchaft gelangt. Berückſichtigt man nun den vermögensrechtlichen Erfolg, welchen der Erblaſſer mit ſeiner die Klägerin betreffenden Verfügung erreichen wollte, ſo kann darüber kein Zweifel ſein, daß er be-

zweckte, aus seinem Nachlaß annähernd denselben Vermögenswert der Klägerin zuzuwenden, welcher in erster Linie für deren Vater bestimmt war. Denn „jene dem Vater stipulierten 400 M." stellen die Summe dar, welche der als Erbe eingesetzte Vater der Klägerin mindestens und auch dann erhalten sollte, wenn sein Pflichtteil nach Abzug der Einrechnungsposten niedriger wäre. Dem materiellen Erfolg nach sollte also die Klägerin an Stelle ihres Vaters treten. Schon im Hinblick hierauf müßten, nachdem für die Zuwendung an den Vater im wesentlichen die Form einer Erbeinsetzung (nämlich auf den Pflichtteil, der nur eventuell auf Kosten des Erbteils der Beklagten zu erhöhen war) gewählt wurde, besondere Gründe vorliegen, welche den Erblasser bestimmt haben könnten, für die Zuwendung an die Klägerin eine abweichende und zwar eine solche Form festzusetzen, vermöge deren die Klägerin gar nicht unmittelbare Nachfolgerin in seinen Nachlaß, sondern vielmehr als bloße Vermächtnisnehmerin an die Beklagte verwiesen gewesen wäre, nur durch deren Hand erworben hätte. Für eine solche Absicht bietet die Wahl einer Ausdrucksweise, wornach die Beklagte der Klägerin jene 400 M. zu bezahlen habe, noch keinen zwingenden Anhaltspunkt; vielmehr ist, solange der Erblasser selbst die Zuwendung nicht ausdrücklich als Vermächtnis bezeichnet, die Auslegung möglich, daß der Erblasser hiermit nur die Art der Verteilung des Nachlasses unter die beiden Enkelinnen bestimmen wollte. Daß dies in der That die Absicht des Erblassers war, erhellt aus Zweck und sonstigem Inhalt der letztwilligen Verfügung, sofern es sich lediglich um ein Testament des Vaters unter Kindern handelt, in welchem der Erblasser von der gesetzlichen Erbfolgeordnung in keiner Weise abweichen wollte: gleichwie er in erster Linie seine sämtlichen Intestaterben zu Erben ernannt hatte, so hat er auch für den Fall des Vorabsterbens seines Sohnes Johannes wiederum die kraft Gesetzes an seine Stelle tretenden Erben ins Auge gefaßt. Und nachdem von den beiden letzteren Erben die eine, die Beklagte, schon neben ihrem Vater als Erbin (auf den Pflichtteilsabfall) eingesetzt war und auch nach

dem Wegfall des Vaters eingeſetzt blieb, wäre nicht einzuſehen, warum er bezüglich der Klägerin von der Inteſtaterbfolgeordnung abgewichen ſein ſollte, während er ihr doch thatſächlich gerade dasjenige zuwendete, was durch den Wegfall ihres Vaters vakant geworden war, nämlich deſſen nunmehr unbedingt auf 400 M. fixierten Pflichtteil. Hätte er die Zuwendung dieſer 400 M. als bloßes Vermächtnis angeſehen, ſo wäre über den durch den Wegfall des Vaters frei gewordenen Erbteil als ſolchen gar nicht verfügt, während doch zu unterſtellen iſt, daß der Erblaſſer die Erbnachfolge erſchöpfend regeln wollte.

Angeſichts dieſer beſonderen Umſtände des Falls erſcheint auch ohne eine ausdrückliche Hervorhebung, daß die Klägerin die Nacherbin ihres Vaters ſein ſolle, die Abſicht des Erblaſſers, ſie zur Nacherbin, nur unter Beſchränkung auf die beſtimmte Summe von 400 M., zu ernennen, als genügend zum Ausdruck gekommen durch die Gleichheit des materiellen Inhalts der beiderſeitigen Zuwendungen und durch die Beifügung des Wortes „jene", mittels deſſen der Sache nach auf die vorausgegangene Erbeinſetzung des Vaters Bezug genommen war. Demgemäß kann ſich die Klägerin über eine Verletzung ihres formellen Noterbrechts nicht beſchweren.

3. Wollte man aber auch Zweifel über das Vorliegen einer genügenden Nacherbeinſetzung haben, ſo müßte doch zu demſelben materiellen Ergebnis die weitere Erwägung führen, daß in der Verfügung des Erblaſſers mindeſtens eine Teilung des Nachlaſſes unter die Deſzendenten nach Maßgabe des Landrechts III Tit. 5 § 13 gelegen iſt. Die divisio parentum inter liberos, deren formelle Erforderniſſe in der vorliegenden den Formen eines mündlichen Elterntеſtaments genügenden Urkunde zutreffen, bedarf nicht einer Ernennung der Deſzendenten zu Erben, ſie ſetzt vielmehr den Eintritt der Inteſtaterbfolgeordnung als gegeben voraus und will nur die Anteile des einzelnen Kindes beſtimmen. Die Abſicht, eine ſolche Teilung ſeines Nachlaſſes auch für den Fall herbeizuführen, daß der Sohn Johannes nicht zur Erbſchaft gelangt, hat der Erblaſſer, welcher ausdrücklich erklärte, ſeine Verfügung auf jedem Weg

aufrecht erhalten wiſſen zu wollen, zweifellos gehabt und genügend ausgeſprochen, indem er die Nachfolge in den Stammteil dieſes Sohnes materiell erſchöpfend dahin geregelt hat, daß die Klägerin hieran 400 M., die Beklagte das Uebrige erhalten ſolle. Da die Klägerin an dieſe Teilung ebenſo gebunden iſt, wie an ein Teſtament, und da ſie ſelbſt nicht behauptet, daß mit Beſtimmung ihres Anteils auf 400 M. ihr Pflichtteilsanſpruch verletzt ſei, ſo wäre eventuell die diesfallſige letztwillige Verordnung des Teſtators auch von dieſem rechtlichen Geſichtspunkt aus aufrecht zu erhalten.

Urteil des II. Civilſenats des Oberlandesgerichts vom 21. November 1889 in Sachen der Anna Eliſabeth Straub c. die Angelika Schall.

37.

Liegt in der Erklärung, zu Gunſten eines Andern auf die Erbſchaft verzichten zu wollen, der Antritt einer Erbſchaft.

Bei dem Tode der Witwe M. hat deren Tochter, die Theodora Sch., auf die Erbſchaft ihrer Mutter zu Gunſten ihrer Kinder verzichtet. Der Kläger, welchem erhebliche Forderungen gegen die Theodora Sch. zuſtanden, hat die Kinder derſelben, welchen die Erbſchaft zugewieſen wurde, auf Herausgabe derſelben behufs ſeiner Befriedigung belangt. Die Klage wurde abgewieſen.

Nachdem ausgeführt war, die Ausſchlagung einer Erbſchaft vor deren Erwerbung bilde keine anfechtbare Rechtshandlung nach dem Reichsgeſetz vom 21. Juli 1879, wird bemerkt, der Kläger hätte hienach zu Begründung ſeines Anſpruchs darzuthun, daß die Mutter der Beklagten, Theodora Sch., Erbin der Witwe M. geworden ſei, und fortgefahren:

Dieſer Beweis kann aber damit nicht erbracht werden, daß die Theodora Sch. nach dem Tode der Witwe M. erklärt hat, ſie ſchlage die Erbſchaft ihrer Mutter *zu Gunſten ihrer Kinder aus*. Denn wenn auch in der Ausſchlagung einer Erbſchaft *zu Gunſten eines Dritten* eine Erb-

schaftsantretung unter Umständen liegen kann, insbesondere dann, wenn nach den Umständen anzunehmen ist, daß der Verzichtende die Erbschaft für sich erwerben, und durch die Verzichtserklärung nur die Uebertragung seines Rechts auf einen Dritten als seinen Rechtsnachfolger bewirken wollte, so liegt doch in der Ausschlagung der Erbschaft zu Gunsten eines Dritten nicht immer ein Erbschaftsantritt, vielmehr kommt es hiebei lediglich auf die Absicht des Verzichtenden an. Die Absicht, die Erbschaft anzutreten, kann aber namentlich dann nicht ohne weiteres angenommen werden, wenn der Dritte infolge des Wegfalls des Verzichtenden von selbst und kraft eigenen Rechtes Erbe wird [1]). Dies trifft im vorliegenden Falle zu, und es kann um so weniger angenommen werden, daß die Theodora Sch. durch ihre Verzichtserklärung vom 3. März 1887 die Antretung der Erbschaft ihrer Mutter beabsichtigt habe, da sie schon in der Verzichtserklärung vom 13. Februar 1882 ausdrücklich erklärt hatte, sie verzichte in der Weise auf die Erbschaft ihrer Mutter, daß beim Anfall der Erbschaft sogleich ihre Kinder an ihre Stelle treten sollen. Denn daraus ergibt sich, daß die Theodora Sch. schon im Jahre 1882 nicht die Absicht hatte, die Erbschaft ihrer Mutter zunächst für sich zu erwerben, und dieselbe sodann auf ihre Kinder zu übertragen, sondern daß sie auf die Erbschaft in der Absicht verzichtete, um durch ihren Wegfall die Erbschaft ihrer Mutter unmittelbar ihren Kindern als den an ihre Stelle tretenden Erben zuzuwenden. Es liegt aber auch kein Grund zu der Annahme vor, daß die Theodora Sch. ihre spätere Verzichtserklärung im Jahre 1887 in einem anderen Sinne und in anderer Absicht abgegeben hat, als früher, zumal da bei ihrer Verzichtserklärung vom 3. März 1887 in der Teilungsurkunde auf jene frühere Verzichtserklärung Bezug genommen wurde.

Es ist hiernach anzunehmen, daß die Theodora Sch. die Erbschaft ihrer Mutter nicht für sich antreten, sondern durch die Erklärung, sie verzichte auf die Erbschaft ihrer Mutter zu

1) Wächter, württ. Priv R. Bd. II S. 646 f.

Gunsten ihrer Kinder, nur das Motiv für die Ausschlagung der Erbschaft bezeichnen wollte, und es kann daraus, daß die Theodora Sch. die Erbschaft ihrer Mutter zu Gunsten ihrer Kinder ausgeschlagen hat, eine Erbschaftsantretung von Seiten der Theodora Sch. nicht abgeleitet werden.

Urteil des 2. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 4. April 1889 in der Berufungssache des Vincenz Rapp c. die Töchter des Friedrich Schmid, Herausgabe einer Erbschaft betreffend.

38.

Auslegung eines Testamentes bezüglich des Ausdruckes „nächste Verwandte".

Am 17. Mai 1886 starb zu Großgartach im Alter von 53 Jahren Susanne, geb. Herrlinger, Ehefrau des Gottfried Flinspach, Bauers daselbst, kinderlos, mit Hinterlassung eines in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne am 25. Juni 1874 errichteten Testamentes. In demselben ernannte zunächst der Ehemann (§ 1) zu seinen Erben I. seine Ehefrau auf die Hälfte seines Nachlasses, II. auf die andere Hälfte mehrere, in der Folge mit Namen aufgeführte „Seitenverwandte". Die Verfügungen der Ehefrau lauten: § 6. Ich die Ehefrau ernenne zu meinen Erben 1. meinen Vater Georg Herrlinger, Bauer in Großgartach, und 2. meine Mutter Katharine, geb. Nolf, je unter Beschränkung auf den landrechtlichen Pflichtteil. 3. Den Rest meiner Verlassenschaft erhält mein Mann Gottfried Flinspach als Erbe. Würden meine Eltern meinen Tod nicht erleben, dann ist mein Mann der Alleinerbe von mir. § 7. Mein Mann ist gehalten, nach seinem Tode die ganze von mir erhaltene Erbschaft an die nächsten Verwandten von mir als Fideikommiß zurückzugeben, und zwar an diejenigen Verwandten von mir, welche zur Zeit seines Todes die nächsten sind.

Der Vater der Susanne Flinspach, Georg Herrlinger, starb schon im November 1874. Bei der Teilung der Verlassenschaft der Susanne Flinspach wurde dem Witwer Gott-

fried Flinspach sein Anteil dem Testamente gemäß als mit Fideikommiß belegte Erbschaft zugeschieden. Am 7. November 1886 starb der Witwer Gottfried Flinspach und am 9. Januar 1887 auch die Mutter der Susanne Flinspach (Katharine Herrlinger, geb. Rolf), letztere mit Hinterlassung eines am Tage vor ihrem Tode errichteten Testamentes, in welchem sie als Erben ihres Vermögens fünf Geschwisterkinder (Rolf'sche Verwandte), welche zugleich mit der Susanne Flinspach im fünften Grade der mütterlichen Seitenlinie verwandt waren, ernannt hatte. Bei der Teilung der Verlassenschaft des Gottfried Flinspach (Januar 1887) wurde das in derselben befindliche Fideikommißvermögen in der Annahme, daß im Sinne des Testamentes der Susanne Flinspach (§ 7) als die nächste Verwandte derselben ihre zur Zeit des Todes des Gottfried Flinspach noch am Leben gewesene Mutter, Katharine Herrlinger, anzusehen sei, an die genannten Testamentserben der letzteren ausgefolgt.

Nun erhoben die Kinder einer verstorbenen Tante väterlicherseits der Susanne Flinspach, als mit derselben zur Zeit des Todes des Fiduziars Gottfried Flinspach im 4. Grade verwandt, gegen jene Erben der Katharine Herrlinger bei der Civilkammer des K. Landgerichtes Heilbronn Klage auf Herausgabe des Fideikommißvermögens, indem sie behaupteten, die Susanne Flinspach habe dieses Vermögen mit ihrer Bestimmung in § 7 des Testamentes vom 25. Juni 1874 nur ihren nächsten Seitenverwandten zuwenden wollen, wonach ihnen als den nächsten Verwandten mit dem Tode des Fiduziars das Vermögen erworben sei. Die Civilkammer wies die Klage ab. Die hiergegen von den Klägern erhobene Berufung wurde von dem Oberlandesgerichte gleichfalls zurückgewiesen, aus nachstehenden Gründen:

Die Beklagten bestreiten den klägerischen Anspruch, indem sie geltend machen, der in § 7 des gemeinschaftlichen Testamentes gewählte Ausdruck sei nicht in dem beschränkten Sinne von Seitenverwandten, sondern in der allgemeineren Bedeutung von Verwandten überhaupt zu verstehen, wonach unter

dem Ausdrucke insbesondere auch die erst nach der Susanne Flinspach und nach dem Fiduziar verstorbene Mutter der ersteren, an deren Stelle die Beklagten als Erben derselben getreten seien, begriffen sei.

Die Entscheidung hängt in erster Linie von der Auslegung des erwähnten Testamentes ab. Diese führt aber zu dem Ergebnisse, zu welchem schon der Unterrichter in Uebereinstimmung mit der Teilungsbehörde gelangt ist. Zunächst kommt in Betracht, daß unter den Ausdrücken „Verwandte", „nächste Verwandte" nach dem natürlichen allgemeinen Sinne derselben und nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht bloß die Seitenverwandten, bezw. die nächsten Seitenverwandten, sondern vor allem auch die leiblichen Eltern zu verstehen sind, wenn jene Ausdrücke auch vielleicht da und dort und unter bestimmten Umständen in der Bedeutung von „Seitenverwandte" gebraucht werden mögen. Sodann nimmt die Testiererin in § 6 des Testamentes den Fall, daß sie von ihren Eltern oder von einem derselben überlebt werde, selbst in Aussicht. Es muß in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte hiernach davon ausgegangen werden, daß sie auch den weiteren Fall ins Auge faßte, daß ihre Eltern oder ihr Vater oder ihre Mutter auch ihren Ehemann, den Fiduziar, überleben. Ein Grund, warum sie sich diese Eventualität, zumal den wirklich eingetretenen Fall des Vorabsterbens ihres Mannes vor ihrer Mutter ferngehalten hätte, ist nicht ersichtlich. Wollte die Testiererin nun den überlebenden Elternteil für diesen Fall auch von dem Universalfideikommiß ausschließen, so hätte sie dies, wie angenommen werden muß, unzweideutig ausgesprochen. Darin, daß sie ihre Eltern zunächst auf den Pflichtteil beschränkte, ist jene Absicht nicht kundgegeben. Diese Pflichtteilsbeschränkung hat für sich immer noch einen guten Sinn: die Testiererin wollte diese Beschränkung lediglich zu Gunsten ihres Ehemannes verfügen, wofür sich besondere Gründe denken lassen. Insoweit kann in der Pflichtteilsbeschränkung auch nicht eine Lieblosigkeit der Testiererin gegenüber ihren Eltern gefunden werden, aus welcher die Absicht derselben, die Eltern

eventuell auch von dem Fideikommiß auszuschließen, gefolgert werden dürfte. Dies um so weniger, als die Eltern der Testiererin dieser als Verwandte am nächsten standen und in § 7 des Testamentes zur Bezeichnung der Fideikommissare ohne jede Einschränkung der allgemeine auch die Eltern umfassende Ausdruck „Verwandte" gewählt ist. Des weiteren erscheint auch im Zusammenhange des ganzen Testamentes die in § 1 Ziff. II von dem Ehemanne gewählte Bezeichnung „Seitenverwandte" nicht als eine zufällige gegenüber der von der Ehefrau in § 7 gebrauchten Bezeichnung „nächste Verwandte". Die beiderseitigen Verfügungen sind in einem Testamente zusammengefaßt und stehen ersichtlich auch inhaltlich in einer gewissen Beziehung zu einander. Es kann deshalb nicht unterstellt werden, daß die Verschiedenheit in der Wahl der Ausdrücke in § 1 Ziff. II und in § 7 eine zufällige sei. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Verfasser des gemeinschaftlichen Testamentes diese verschiedene Ausdrucksweise absichtlich im Sinne der testierenden Eheleute gewählt hat, und daß jeder Ausdruck in der ihm an sich zukommenden Bedeutung verstanden werden soll, um so mehr, da die Susanne Flinspach allgemein diejenigen ihrer Verwandten als Fideikommissare ernannte, welche zur Zeit des Todes des Fiduziars als ihre nächsten Verwandten erscheinen werden, also ganz ungewiß ließ, wer die Fideikommissare sein werden.

Die hiernach schon nach dem Inhalte des Testamentes begründete Annahme, daß die Susanne Flinspach in § 7 des Testamentes wohlbewußt den allgemeinen, eventuell auch ihre Eltern umfassenden Ausdruck gebraucht hat, wird durch die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen, wie der Unterrichter gleichfalls mit Recht angenommen hat, bestätigt. In Betracht kommen namentlich die beschworenen Aussagen der Zeugin Christiane Pf., wonach in Gegenwart der Zeugin mehrmals Gottfried Flinspach in augenscheinlicher Beziehung auf das gemeinschaftliche Testament zu seiner Frau Susanne Flinspach gesagt habe, es wäre nicht recht, wenn einst die Langjahr'schen (die Kläger) von ihrem Vermögen nichts

bekämen, und die Susanne Flinspach jedesmal hierauf erwidert habe, er solle stille sein, das gehe ihn nichts an. Diese Aeußerungen weisen nach Lage der Sache darauf hin, daß G. Flinspach und seine Ehefrau sich der umfassenden Bedeutung des in § 7 des Testamentes gebrauchten Ausdruckes „nächste Verwandte", sowie der Eventualität, daß hiernach das Fideikommiß auch an den Vater oder an die Mutter der Susanne Flinspach fallen und in der Folge den Langjahr'schen entzogen werden könne, wohl bewußt waren.

Der Brief des Amtsnotars G. an Paul Langjahr dagegen, in welchem er diesem gegenüber nach dem Tode der Susanne Flinspach seine Ansicht dahin ausgesprochen hat, daß der Witwer Flinspach nach seinem Tode die ganze von seiner Frau erhaltene Erbschaft an die Verwandten der letzteren väterlicher- und mütterlicherseits, wie sich solche zur Zeit des Todes des 2c. Flinspach ergeben, herauszugeben habe, ist ohne Beweiswert. Die Auffassung des G. könnte vielleicht von Belang sein, wenn sie sich auf besondere Thatsachen stützte. Solche sind nur vermutet, nicht behauptet.

Demzufolge war die Berufung der Kläger unter Verfällung in die Kosten II. Instanz als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 24. April 1890 in Sachen der Johanne Rothenburger in Neckargartach und Genossen, gegen Christine Diem in Großgartach und Genossen, Herausgabe eines Universalvermächtnisses betreffend.

39.

Nachdruck; Teilnahme; gewerbsmäßige Verbreitung des nachgedruckten Werks, Schadenersatz.

Der Kläger ist Rechtsnachfolger im Autorrecht des Johannes Nefflen und seiner Söhne bezüglich der Schriftwerke „Der Vetter aus Schwaben und der Orgelmacher von Freudenthal." Im Jahr 1885 hat der Buchhändler Heerbrandt in New-York unter der Firma des Beklagten, welcher in Würt-

temberg ſeine Niederlaſſung hat, einen Nachdruck der gedachten Werke veranſtaltet. Der Kläger nimmt den Beklagten als Teilnehmer des Nachdrucks, eventuell als Verbreiter auf Schadenserſatz in Anſpruch. In zweiter Inſtanz iſt dem Geſuche des Klägers teilweiſe entſprochen worden.

Gründe:

I. Das Schriftwerk: „Der Vetter aus Schwaben", deſſen Urheber der auf demſelben genannte, am 6. Januar 1858 in Nordamerika verſtorbene Johannes Nefflen war, erſchien im Jahr 1836 in erſter Auflage in Stuttgart bei Balz, im Jahr 1841 in zweiter Auflage in Ulm in der Stettin'ſchen Buchhandlung. Das Werk genoß alſo, da es in Württemberg erſchienen war, Schutz gegen Nachdruck nach dem württ. Geſetz vom 17. Oktober 1838 (Reg. Bl. S. 547) auf 10 Jahre, welcher Schutz durch das württ. Geſetz vom 24. Auguſt 1845 (Reg. Bl. S. 355) auf die Lebensdauer des Urhebers und auf 10 Jahre vom Tode desſelben ausgedehnt wurde. Dieſe Beſtimmungen der württ. Geſetze wurden nun aber aufgehoben durch das R.-Geſ. vom 11. Juni 1870, welches auch in Württemberg mit dem 1. Januar 1871 in Kraft getreten iſt. Dieſes R.-Geſ. verleiht, falls es auch auf das in Rede ſtehende Werk Anwendung findet, Schutz auf die Lebensdauer des Urhebers und auf 30 Jahre nach dem Tode desſelben, wobei das Todesjahr des Verfaſſers nicht eingerechnet wird.

II. Das Reichsgeſetz vom 11. Juni 1870 findet nach dem die Vorſchriften über die rückwirkende Kraft desſelben enthaltenden § 58 Anwendung auf alle vor dem Inkrafttreten desſelben erſchienenen Schriftwerke, alſo auch auf den „Vetter aus Schwaben", (ganz abgeſehen davon, daß hiemit noch nicht veröffentlichte Werke von dem Schutze des Reichsgeſetzes nicht ausgeſchloſſen werden wollten, das Geſetz vielmehr auf alle Werke eines Inländers, mögen ſie ſchon vor dem 1. Januar 1871 veröffentlicht geweſen ſein oder nicht, Anwendung findet, ſoweit ſie in die Schutzfriſt fallen) [1].

1) Wächter, Urheberrecht. S. 155; Seuffert, Arch. B. 37 Nr. 61.

Nach § 61 des R.-Ges. sodann, welcher bestimmen soll, „in welchem Umfang nicht nur ein internes, sondern auch ein internationales Urheberrecht anzuerkennen sei" findet

1. das Gesetz Anwendung auf alle Werke inländischer Urheber, gleichviel ob sie im Inland oder im Ausland erschienen oder überhaupt noch nicht veröffentlicht sind (Abs. 1 des § 61). und

2. wenn Werke ausländischer Urheber bei Verlegern erscheinen, die im Gebiete des deutschen Reichs ihre Handelsniederlassung haben, so stehen auch diese Werke unter dem Schutze des Gesetzes (Abs. 2 des § 61).

Vom Beklagten wurde nun geltend gemacht, Johannes Nefflen, der, bis er im Jahr 1848 nach Nordamerika flüchtete, zweifellos württembergischer Staatsbürger war, sei im Jahr 1858 als amerikanischer Bürger gestorben, habe also das württembergische Staatsbürgerrecht verloren, weshalb der Abs. 1 des § 61 des R.Ges. auf sein Werk keine Anwendung finde. Da es sich bei der Frage, ob das Gesetz auf das Schriftwerk Anwendung finde, um der Disposition der Parteien nicht unterliegende zwingende Rechtssätze (juris publici) handelt, so ist das in Rede stehende Vorbringen zu würdigen, obwohl der Beklagte nach dem Beweiseinzuge in erster Instanz die an sich nicht unzweifelhafte Erklärung abgegeben hat, er lasse seine sämtlichen Einwendungen gegen die Klage fallen, mit Ausnahme derjenigen, daß er nicht Veranstalter des Nachdrucks sei, und daß dem Kläger ein Schaden durch den Nachdruck nicht erwachsen sei. Man kann dahingestellt lassen, ob dem Satze, daß der Schutz aus Abs. 1 des § 61 aufhöre, wenn das Indigenat des Urhebers aufhöre [1]), beizupflichten wäre, und ob die Ansicht von Dambach S. 261. 272, daß der nach Abs. 2 des § 61 durch das erstmalige Erscheinen bei einem inländischen Verleger begründete Schutz, der auch den Werken ausländischer Urheber zukommt, mit der Verlegung der Handelsniederlassung

1) Endemann, S. 95; Dambach, S. 271; Klostermann, S. 108; Wächter, S. 130.

aufhöre, oder nicht vielmehr die gegenteilige Ansicht von Wächter S. 131 N. 10 die richtige ist. Denn es ist nicht dargethan, daß Johannes Nefflen das württembergische Staatsbürgerrecht verloren hat. Daß er ausgewandert sei, ist umsoweniger anzunehmen, als er heimlich sich nach Nordamerika begeben hat. Daß der in § 34 der Württ. Verf. Urk. vom 25. September 1819 aufgestellte Verlustgrund, Eintritt in auswärtigen Staatsdienst, vorliege, ist nicht behauptet. Auch die Bestimmung des § 35 der Verf. Urk.: „Wer in einem fremden Staate seine bleibende Wohnung nimmt, kann sein württembergisches Staatsbürgerrecht nur mit königlicher Bewilligung und unter der Bedingung beibehalten, daß er die ihm obliegenden staatsbürgerlichen Pflichten in jeder Hinsicht erfüllt", kann nicht zu der Annahme führen, daß Johannes Nefflen das württembergische Staatsbürgerrecht verloren habe. Denn dagegen, daß Johannes Nefflen bleibend seine Wohnung in Nordamerika genommen habe, spricht der Umstand, daß der politische Flüchtling vom Jahr 1848 seine Familie nur zum Teil mit sich nahm, und es liegt die Annahme sehr nahe, daß er nur den Eintritt der Verjährung oder die Erlassung eines Gnadenaktes, eine Amnestie, abwarten wollte, um alsdann in die Heimat zurückzukehren, umsomehr, als es ihm nicht gelungen zu sein scheint, sich eine befriedigende Existenz in Amerika zu verschaffen, wie denn auch aus der Biographie desselben vom Kläger angeführte, vom Beklagten nicht widersprochene Notizen die Absicht desselben, in die Heimat zurückzukehren, kundgeben. Dagegen liegt dafür, daß er amerikanischer Bürger geworden sei, was allerdings seine Absicht, seine bleibende Wohnung in Amerika zu nehmen, ersehen ließe, keinerlei Beweis vor.

Hienach ist davon auszugehen, daß der Urheber des „Vetters aus Schwaben" württembergischer Staatsbürger geblieben ist und daß daher der Schutz des R.Ges. vom 11. Juni 1870 diesem seinem Werke nach § 61 Abs. 1 jedenfalls — und zwar bis zum Schlusse des Jahres 1888 — zukam.

III. Nach § 18 des R.-Ges. ist, wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Nachdruck in der Absicht, denselben inner-

halb oder außerhalb des Deutschen Reichs zu verbreiten, veranstaltet, den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen verpflichtet.

Diese Verpflichtung trifft, wenn Mehrere gemeinschaftlich den Nachdruck veranstalten, jeden Mitthäter, und wenn dem Thäter durch Rat oder That wissentlich Hilfe geleistet wird, den Gehilfen. Eine vor der Begehung des Vergehens des Nachdrucks zugesagte Begünstigung, welche als Beihilfe erscheint (R.Straf.G.B., § 257 letzter Abs.), macht in gleicher Weise ersatzpflichtig. R.Ges. vom 11. Juni 1870 § 20 Abs. 3. Außerdem ist nach diesem R.-Ges. § 20 Abs. 1 nicht bloß der Anstifter d. h. derjenige, der einen andern zu dem Vergehen des Nachdrucks vorsätzlich bestimmt hat, sondern jeder, der vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen andern zur Veranstaltung eines Nachdrucks veranlaßt, verpflichtet, den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen. Bezüglich der nicht vorher zugesagten Begünstigung bestimmt § 25 des cit. Gesetzes: „Wer vorsätzlich Exemplare eines Werks, welche den Vorschriften des Gesetzes zuwider angefertigt worden sind, innerhalb oder außerhalb des Deutschen Reichs gewerbemäßig feilhält, verkauft oder in sonstiger Weise verbreitet, ist nach Maßgabe des von ihm verursachten Schadens den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen verpflichtet." Es wird hiermit die gewerbemäßige Verbreitung als ein selbständiges Delikt, nicht als Teilnahme am Nachdrucke aufgefaßt, wie in § 257 des R.Straf.Ges.B. die (nicht vorher zugesagte) Begünstigung überhaupt.

IV. Daß der Beklagte zu dem von G. Heerbrandt in New-York veranstalteten Nachdruck mitgewirkt, oder daß er hiezu durch Rat oder That Beihilfe geleistet hätte, vermochte der Kläger nicht nachzuweisen. Derselbe versucht, aus verschiedenen Umständen abzuleiten, daß Beklagter den Heerbrandt zur Veranstaltung des Nachdrucks veranlaßt oder sich an dem von Heerbrandt veranstalteten Nachdruck als Mitthäter oder Gehilfe beteiligt habe. Die in dieser Richtung angeführten Umstände sind aber zu allgemeiner Natur und zu unbestimmt,

um einen solchen Schluß zu rechtfertigen. — Wird des Näheren ausgeführt.

V. Da das Vergehen des Nachdrucks vollendet ist, sobald ein Nachdrucksexemplar den Vorschriften des Gesetzes zuwider hergestellt worden ist (cit. R.Ges. § 22 Abs. 1), so kann die Thätigkeit des Beklagten, welche der Herstellung der Heerbrandt'schen Ausgabe nachgefolgt ist, nicht mehr als Teilnahme an dem Nachdrucke in Betracht kommen. Vielmehr kann der Beklagte nach § 25 R.Ges. nur, wenn und soweit er vorsätzlich Nachdrucksexemplare gewerbemäßig verbreitet hat, nach Maßgabe des von ihm hiedurch verursachten Schadens entschädigungspflichtig sein. Die Thatsache, daß der Beklagte dagegen, daß Heerbrandt die Firma des Beklagten ohne dessen Zustimmung auf die Nachdrucksexemplare hatte drucken lassen, hinterher zu protestieren unterlassen haben soll, ist hiebei irrelevant. Den Beklagten macht vielmehr lediglich die Thatsache ersatzpflichtig, daß er in seinem geschäftlichem Betriebe und also gewerbemäßig von Heerbrandt hergestellte Nachdrucksexemplare verbreitet hat.

VI. Daß diese Verbreitung vorsätzlich, d. h. mit dem Bewußtsein, die Heerbrandt'sche Ausgabe sei ein Nachdruck, von dem Beklagten vorgenommen worden ist, steht fest, wenn man auch davon ausgeht, daß der Kläger die subjektive Verschuldung des Beklagten zu beweisen habe, und nicht dem Beklagten der Exkulpationsbeweis, der Nachweis des Irrtums, obliege [1]). Der Beklagte selbst hat dafür, daß er in dem guten Glauben gewesen sei, ein Nachdruck liege nicht vor, nur den Grund angeführt, daß der Verfasser vor beinahe 30 Jahren gestorben und seit der im Jahr 1841 bei Lebzeiten des Verfassers erschienenen zweiten Auflage über 40 Jahre verflossen gewesen seien. Letzterer Umstand konnte aber sowenig, als der erstere, den Beklagten in den Irrtum versetzen, das Werk sei nicht mehr gegen Nachdruck geschützt, da dies einen Irrtum über Rechtssätze voraussetzen würde, wie er bei einem Geschäfts-

1) Vgl. Dambach, S. 183 und andererseits R.O.H.G. 12, S. 369, 364.

mann, der als Verleger, sowie als Händler mit Werken fremden Verlags die Hauptregeln vom Urheberrecht kennen muß, nicht unterstellt werden kann. Dem Beklagten, der infolge seiner Geschäftsverbindung mit Heerbrandt in New-York wissen mußte, daß in Nordamerika die in Deutschland erschienenen Werke nicht gegen Nachdruck geschützt sind, mußte notwendig zum Bewußtsein kommen, daß damit, daß Heerbrandt zur Veranstaltung einer neuen Ausgabe des Werkes geschritten war auch nicht im mindesten eine Garantie dafür gegeben sei, es liege ein Nachdruck nicht vor. Der ganzen Sachlage entspricht die Annahme, der Beklagte habe sich zur Verbreitung der ihm zugesandten Nachdrucksexemplare in der Hoffnung herbeigelassen, es werde, da in kurzer Zeit die Schutzfrist zu Ende gehe und in Deutschland seit dem Jahre 1841 von dem inzwischen vergriffenen Buche keine neue Auflage erschienen war, mit der Verbreitung der Nachdrucksexemplare eine Gefahr nicht mehr verbunden sein.

VII. Nach § 25 des R.Ges. haftet der Beklagte nur nach Maßgabe des von ihm durch die Verbreitung von Nachdrucksexemplaren verursachten Schadens. Nicht in Betracht kommt dagegen der Schaden, der den Erben des Nefflen dadurch zugegangen sein soll, daß der nunmehrige Inhaber des Stettin'schen Verlags infolge des von Heerbrandt veranstalteten Nachdruckes sich geweigert haben soll, gegen Bezahlung des vertragsmäßigen Honorars von 270 fl. eine neue Ausgabe zu veranstalten, und ebensowenig der Nachteil, den es für den Kl. gehabt haben mag, daß er, als ihm das Recht, eine neue Auflage zu veranstalten, von den Berechtigten übertragen wurde, mit der Thatsache zu rechnen hatte, daß von Heerbrandt ein Nachdruck hergestellt war. Denn hiebei handelt es sich um den Schaden, der durch die Veranstaltung des Nachdrucks den Rechtsnachfolgern des Urhebers zuging; der Beklagte haftet aber, wie oben ausgeführt ist, nicht als Veranlasser und nicht wegen Teilnahme an der Veranstaltung des Nachdrucks, sondern lediglich aus § 25 als Verbreiter von Nachdrucksexemplaren.

VIII. Bei Bemeſſung des Schadens, den der Beklagte durch ſeine ſelbſtändige Verbreitungsthätigkeit verurſacht hat, kommt in Betracht: der Beklagte ſetzte von den ihm mit 50 Pfg. per Exemplar berechneten 94 Exemplaren in Deutſchland 15 Exemplare zum Preiſe von 1 M. ab. Die weiteren 79 Exemplare ſandte er an Heerbrandt zurück, wodurch er deren Verbreitung im Auslande beförderte. Außerdem machte er durch Ueberſendung der für L. beſtimmten 50 Exemplare an dieſen auch dieſe dem Publikum zugänglich; und es wurden hievon in Deutſchland 28 Exemplare abgeſetzt, die weiteren 22 Exemplare an Heerbrandt remittiert und damit dem ausländiſchen Publikum wieder zugänglich. Man darf nun bei freier Würdigung der Verhältniſſe annehmen, daß von den im Verlage des Klägers erſchienenen Ausgaben des Werkes: „Der Vetter aus Schwaben und der Orgelmacher von Freudenthal", für welches der Ladenpreis 1 M. 50 Pf., reſp. 2 M. beträgt, zwar nicht die Zahl von Exemplaren, welche von dem Heerbrandt'ſchen Nachdrucke des Vetters aus Schwaben in Deutſchland abgeſetzt wurden, weiter abgeſetzt worden wären, aber doch immerhin ein namhafter Teil dieſer Zahl, daß dagegen der Abſatz der Ausgaben des Klägers durch die die Verbreitung des Nachdrucks auf dem amerikaniſchen Markt fördernde Rückſendung der weiteren 79, reſp. 22 Exemplare keine nennenswerte Beeinträchtigung erlitten haben kann; und auf Grund des § 260 der C.P.O. gelangt man dazu, den vom Beklagten zu erſetzenden Schaden auf 25 M. zu bemeſſen.

Urteil des I. Senats des Oberl.Gerichts vom 31. Mai 1889 in Sachen des Verlagsbuchhändlers Robert L. c. E. H.

40.

Verletzung des Patentſchutzes.

Der Beklagte wurde verurteilt, anzuerkennen, daß er durch ſein Verfahren der Herſtellung von Lanolin vermittelſt Behandlung gereinigten Wollfettes das Patent der Klägerin verletzt und daß er ſich dieſes Verfahrens künftighin zu enthalten habe.

Gründe:

Behufs der Beantwortung der Frage: ob in dem vom Beklagten angewendeten Verfahren eine Verletzung des Patentes der Klägerin liegt, ist zunächst festzustellen, worin die patentierte Erfindung besteht, und welches Verfahren von dem Beklagten angewendet wird, und es ist sodann durch Vergleichung dieses Verfahrens mit jener Erfindung zu erheben, ob jenes Verfahren mit dem patentierten Verfahren im wesentlichen übereinstimmt oder wesentlich davon verschieden ist.

1. Für die Frage, worin die patentierte Erfindung besteht, sind, wenn auch der Civilrichter zur selbständigen Auslegung des Patents befugt ist, und er darin auch vom Patentamt abweichen kann, doch zufolge des besonderen Charakters als begutachtender Behörde, der dem Patentamt nach § 18 des Patentgesetzes zukommt, das Gutachten des Patentamts vom 24. April 1888 und die in den Entscheidungen des Patentamts vom 14. Oktober 1886 über den Antrag der Firma J. D. Riedel, und vom 4. Oktober 1888 über den Antrag des Beklagten auf Nichtigkeitserklärung, sowie in dem Berufungsurteil des Reichsgerichts vom 17. Dezember 1887 in jener Patentsache enthaltenen Aeußerungen von besonderem Belange. Hienach ist durch das Patent ein besonderes Verfahren geschützt, mittels dessen durch eine Reihe aufeinanderfolgender Operationen aus den Abwässern von Wollwäschereien oder aus unreinem Wollfett eine verhältnismäßig geruchfreie, salbenartige, weiße Masse gewonnen wird, indem zunächst durch die in den Patentansprüchen zuerst angegebenen einzelnen Operationen aus den Ausgangsstoffen ein reines, insbesondere von den Fettsäuren befreites Wollfett hergestellt, und aus diesem mittelst Durchknetens mit Wasser das bezeichnete, Lanolin genannte, Endprodukt gebildet wird. Alle diese Operationen bilden ein zusammengehöriges, auf dasselbe Ziel, die Bildung des Lanolins gerichtetes Verfahren, und das Patent ist also ein einheitliches Kombinationspatent, wie insbesondere in der Entscheidung des Patentamts vom 14. Oktober 1886 an der Hand der Patentschrift nachgewiesen, und vom Reichsgericht

in dem Berufungsurteil vom 17. Dezember 1887 ausgesprochen ist. Es ist deshalb dem Beklagten zuzugeben, daß nicht die einzelnen Operationen für sich als neu und patentfähig erklärt und unter den Patentschutz gestellt sind, sondern daß nur die Kombination der einzelnen Operationen als einheitliche durch das Patent geschützt ist. Es ist auch richtig, daß, wie das Reichsgericht in dem Urteil vom 30. Oktober 1880 (Gareis, Sammlung ꝛc. II S. 67) in Beziehung auf ein neues Industrie-Erzeugnis ausgesprochen hat, es bei der Prüfung der Frage von der Neuheit einer Erfindung nicht darauf ankommt, ob der Gegenstand der Erfindung Eigenschaften hat, welche ihn vor früher bekannten Gegenständen dieser Art auszeichnen, sondern darauf, ob seine Beschaffenheit auf eine neue Erfindung zurückzuführen ist; und daß also ungeachtet solcher Vorzüge ein Patent nicht erteilt werden kann, wenn eine neue Erfindung nicht vorliegt. Bei Feststellung der Thatsache, daß das patentierte Kombinationsverfahren eine neue Erfindung ist, wurde ganz im Einklange mit dieser Entscheidung darauf Gewicht gelegt, daß die besonderen Eigenschaften des Produktes, das durch das patentierte Verfahren gewonnen werde, nicht durch Anwendung bekannter Mittel bewirkt werden, sondern auf einen neuen Erfindungsgedanken zurückzuführen seien. Der dem patentierten Verfahren zu Grunde liegende Erfindungsgedanke besteht darin, daß durch die Reinigung des Wollfettes insbesondere auch von den Fettsäuren und die Bearbeitung des hiedurch gewonnenen reinen Wollfettes mit Wasser ein Stoff erzielt wird, der sich von den bisher aus denselben Ausgangsstoffen hergestellten Produkten durch Eigenschaften auszeichnet, die seine Verwendbarkeit zu ganz andern Zwecken ermöglichen. War auch früher schon bekannt, daß ungereinigtes Wollfett ein gewisses mäßiges Quantum Wasser aufzunehmen fähig sei, und ist auch die Reinigung des Fettes von Schmutz und auch von Fettsäuren kein neuer Gedanke, so liegt doch darin, daß bei dem patentierten Verfahren das Wollfett gereinigt, und in gereinigtem Zustande mit Wasser behandelt wird, ein neuer Erfindungsgedanke, soferne, was früher unbekannt war, gereinigtes Wollfett in

viel höherem Grade Wasser aufzunehmen fähig ist, und durch die Behandlung mit Wasser ein neues, früher nicht bekanntes Produkt erzielt wird, dieses sich durch seine Eigenschaften von den früher aus den Wollabwässern und dem ungereinigten Wollfett hergestellten Produkten spezifisch unterscheidet.

2. Der Beklagte seinerseits wendet, wie durch die Untersuchung der in erster Instanz vernommenen Sachverständigen erhoben wurde, die in deren Gutachten bezeichneten ebenfalls auf die Reinigung des Wollfettes abzielenden Operationen an, und mischt sodann das nach seinem Verfahren gereinigte Wollfett, zwar nicht auf mechanischem Wege durch Kneten, aber auf physikalischem Wege durch Eingießen des geschmolzenen gereinigten Wollfettes in kaltes Wasser ebenfalls mit Wasser, knetet sodann dieses Gemisch mit Luft, worauf er noch die eingeschlossene Luft durch Abreiben entfernt, und so dasselbe Produkt, Lanolin, gewinnt.

3. Vergleicht man dieses Verfahren des Beklagten mit dem patentierten Verfahren, so ergibt sich zunächst aus der Aeußerung der vom Landgericht vernommenen 3 Sachverständigen, wie aus dem Gutachten des Patentamts vom 24. April 1888, daß die zur Gewinnung des gereinigten Wollfettes (das nach seiner Verbindung mit Wasser das Lanolin bildet), vom Beklagten angewendeten Vorgänge sich erheblich von den im Patent beschriebenen Operationen unterscheiden, daß der Beklagte das nächste Ziel des patentierten Verfahrens, die Reinigung des Wollfettes, mit wesentlich verschiedenen Mitteln erreicht, daß er sodann aber, um das Endprodukt, Lanolin, zu gewinnen, ebenfalls dem gereinigten Wollfett Wasser zuführt. Auch das Verfahren des Beklagten verwirklicht also den Gedanken, das Wollfett zu reinigen und mit dem gereinigten Wollfett Wasser zu verbinden, um dasselbe Endprodukt zu gewinnen, der in der patentierten Verfahrens-Kombination enthaltene Erfindungsgedanke ist es also, den auch der Beklagte in seinem Verfahren für sich ausnützt. Denn darauf kommt es nicht an, daß er für die Reinigung des Wollfettes sich anderer Operationen, als der in der Patentschrift bezeichneten,

bedient, weil nicht diese einzelnen Operationen wesentlich sind, sondern nur die dadurch erzielte Reinigung des Wollfettes, welche die Voraussetzung für die Schlußoperation, die Verbindung des gereinigten Wollfettes mit Wasser, bildet. Darauf aber, daß der Beklagte dem gereinigten Wollfette nicht auf mechanischem Wege, sondern auf physikalischem Wege das Wasser zuführt, kann deshalb nichts ankommen, weil, wie in dem Gutachten des Patentamts vom 24. April 1888 in einleuchtender Weise hervorgehoben wird, die Operation in der Hauptsache, die Verbindung des gereinigten Wollfettes mit Wasser, dieselbe bleibt, und dadurch, ob die Verbindung auf mechanischem oder physikalischem Wege erfolgt, ein besonderer technischer Effekt nicht erzielt wird. Zudem knetet auch der Beklagte das von ihm auf physikalischem Wege hergestellte Gemisch von Wollfett und Wasser, um dieselbe innige Verbindung zu erreichen, die nach dem patentierten Verfahren durch die ausschließlich mechanische Operation des Knetens des gereinigten Wollfettes mit Wasser erzielt wird. Eine Aenderung der Sachlage tritt auch nicht dadurch ein, daß der Beklagte, um die bei dem Kneten des Gemisches von demselben aufgenommene Luft auszutreiben, die Masse auf der Oelfarbreibmaschine abreibt. Diese Verbindung des gereinigten Wollfettes mit Wasser ist, den Operationen der Reinigung des Wollfettes gegenüber, von überwiegender technischer Bedeutung, wie in dem Gutachten des Patentamtes hervorgehoben wird. Da aber nach dem Ausgeführten der Beklagte die Operation der Verbindung des Wollfettes mit Wasser auf eine nur unwesentlich abweichende, in der Sache gleichwertige Weise auf das gereinigte Wollfett zur Erzielung desselben Produktes anwendet, so stellt sich sein Verfahren im wesentlichen als identisch mit dem patentierten Verfahren dar, und es liegt also eine Patentverletzung vor.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 8. Februar 1889 in Sachen Heiner c. Aktiengesellschaft Fabrik chem. Produkte in Berlin.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

41.

Erfüllungsort bei Zurückzahlung eines Darlehens.

Der Kläger hat dem Beklagten in St., wo beide ihren Wohnsitz hatten, einige unverzinsliche Darlehen aus Gefälligkeit gegeben. Als Kläger bei dem Landgericht zu St. Klage auf Rückzahlung erhob, hatte Beklagter seinen Wohnsitz in S., weshalb er die Einrede der Unzuständigkeit erhob. Dieselbe wurde verworfen.

Gründe.

Bei Hingabe der Darlehen lag nach den Berufsverhältnissen der Parteien der Gedanke, daß Beklagter — ein Maler — seinen Wohnsitz von St. wegverlegen könne, nicht ferne, während eine Wohnsitz-Veränderung des Klägers in keiner Weise in Aussicht zu nehmen war. Dem Willen der Parteien beim Vertragsabschluß würde es nun sicherlich nicht entsprechen, wenn Beklagter im Falle seiner Wohnsitzverlegung an seinem jeweiligen Wohnsitze zu erfüllen hätte, so daß Kläger dort das Geld holen oder es sich auf seine Gefahr und Kosten schicken lassen müßte; es ist vielmehr die Annahme dem mutmaßlichen Willen der Parteien gemäß, daß Kläger nicht zum Lohn für seine Gefälligkeit Umstände und Kosten bei Rückzahlung des Geldes haben, vielmehr der Beklagte im Fall der Veränderung seines Wohnsitzes auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung dem Kläger nach St. als dem Wohnorte des Klägers zur Zeit der Hingabe des Geldes und, wie vorausgesetzt wurde, auch zur Zeit der Heimzahlung übermachen sollte.

War aber dies der Wille der Parteien, so steht eben damit fest, daß St. der vertragsmäßige Erfüllungsort der in Frage stehenden Verpflichtung des Beklagten ist: denn die für Handelsgeschäfte geltende Vorschrift des Artikels 325 Absatz 2 Hand.-Ges.-Buchs, wonach der Ort, wohin der Schuldner eine Zahlung auf seine Gefahr und Rechnung dem Gläubiger zu übermachen hat, nicht als Erfüllungsort gelten soll, ist eine rein positivrechtliche, wodurch eine aus Absatz 1 des Artikels 325

an sich fließende Folgerung aus legislativen Zweckmäßigkeitsgründen ausgeschlossen worden ist [1]).

Wo also eine der Vorschrift des Absatzes 1 des Artikels 325 Hand.-Ges.B. entsprechende Vertragsberedung in Nicht-Handelsgeschäften vorliegt, wie im gegenwärtigen Falle, gilt die in Abs. 2 des Artikels 325 enthaltene Einschränkung nicht; es ist vielmehr der Ort, wohin der Schuldner auf seine Gefahr und Kosten die Zahlung zu übermachen hat, der Erfüllungsort für dessen Verpflichtung.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts in der Berufungssache des Kunstmalers Heinrich L. c. den Rechtsanwalt A. B. vom 5. April 1889.

42.

Der Hausvater ist für sein Hauskind die Kosten eines Prozesses zu bestreiten schuldig.

Der Beschwerdeführer will für seine 16 Jahre alte Tochter gegen deren Dienstherrn eine Schadensersatzklage wegen Körperverletzung erheben. Sein Gesuch um Zulassung zum Armenrecht wurde von dem Richter I. Instanz wegen Aussichtslosigkeit zurückgewiesen. Die hiegegen eingelegte Beschwerde wurde verworfen:

in Erwägung, daß der Beschwerdeführer die erwähnte Klage nach dem Inhalte derselben als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Tochter zu erheben beabsichtigt, der Hausvater als gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Kindes auf Grund der ihm obliegenden Vertretungs- und Schutzpflicht die Kosten eines für das Kind zu führenden Rechtsstreites im Falle der Vermögenslosigkeit des Kindes aus seinem Vermögen zu tragen verpflichtet ist [2]), und der Beschwerdeführer den in

1) Vgl. Nürnberger Protokolle S. 1371–73 vergl mit S. 1363; Seufferts Archiv Bd. 37 Nr. 147 a. E., Bd. 42 Nr. 103 a. E., R.G. I Nr. 158 S. 445.

2) Württemb. Gerichtsblatt XIII S. 346 ff.; Lang, Personenrecht § 83 S. 523 A. 3; Gaupp, Komm. zur C.P.O. 2. Aufl. zu § 106 S. 245.

§ 106 C.P.O. bezeichneten Nachweis in Ansehung seiner Vermögens- und Erwerbsverhältnisse nicht geliefert hat.

Beschluß des 2. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. September 1890 in der Beschwerdesache des Maurers Friedrich Rank.

43.

Kann die Bestätigung eines Adoptionsvertrags im Wege der Dienstaufsicht aufgehoben werden?

Am 26. Januar 1890 hat ein Amtsgericht einem am 23. Aug./9. Sept. 1889 abgeschlossenen und von den Beteiligten ihm vorgelegten Vertrag, wornach ein Herr A. den B. und seine Deszendenten adoptiert hat, die gerichtliche Bestätigung erteilt. Hiegegen hat die Familie des Adoptierenden Beschwerde erhoben, und es hat die Civilkammer eines Landgerichts den Beschluß des Amtsgerichts von Dienstaufsichtswegen als unbegründet aufgehoben, weil der Adoptionsvertrag an wesentlichen Mängeln leide. Hiegegen legten wiederum die Deszendenten des inzwischen verstorbenen B. Beschwerde ein, und es wurde ihrem Vertreter und der Civilkammer Nachstehendes zu erkennen gegeben: Dem in der Beschwerdeausführung gestellten Gesuche um Bestätigung des Adoptionsvertrages kann nicht entsprochen werden, weil die Bestätigung von Adoptionen und Arrogationen nicht zur Kompetenz des Oberlandesgerichts gehört. Dagegen hat man die Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts, die als eine Beschwerde über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren im Sinn des § 36 der Verfassungs-Urkunde aufzufassen war, als begründet erfunden. Die Bestätigung von Adoptionsverträgen gehört nach Art. 48 des Notariatsgesetzes, soweit nicht das Gesetz vom 17. August 1849 die nicht hieher gehörige Ausnahme des § 1 der Justiz-Novelle vom 15. September 1822 aufrecht erhält, ausschließlich zur Kompetenz der Bezirksgerichte (Amtsgerichte), nicht auch der höheren Gerichte; und zwar sind nach der angeführten Gesetzesstelle die Bezirksgerichte zur Bestätigung

solcher Rechtshandlungen — ohne Anfrage bei den höheren Gerichten — berechtigt. Der Beschluß der Bestätigung eines Adoptionsvertrags durch das sachlich zuständige Amtsgericht bildet einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, durch welchen, die Gültigkeit des Vertrags und der Bestätigung vorausgesetzt, unmittelbar Privatrechte zwischen den Beteiligten begründet werden, und er kann daher von einem höheren Gerichte nicht im außergerichtlichen Wege und insbesondere nicht gegen den Grundsatz der verfassungsmäßigen Unabhängigkeit der Gerichte im Wege der Dienstaufsicht außer Wirkung gesetzt werden. Die Beschwerde gegen den Beschluß der Civilkammer vom 3. März dieses Jahrs ist also als Beschwerde über gesetzwidriges Verfahren im Sinne des § 36 der Verfassungsurkunde gegründet, und deshalb dieser Beschluß der Civilkammer aufzuheben. Hiemit ist aber über die Frage von der Rechtsgültigkeit des Beschlusses des Amtsgerichts vom 26. Januar dieses Jahrs in keiner Weise entschieden; vielmehr kann darüber, ob, beziehungsweise inwieweit diesem Beschlusse ungeachtet der von der Civilkammer des Landgerichts hervorgehobenen Gründe Rechtswirksamkeit zukommt, nur im Rechtswege entschieden werden.

Beschluß des 1. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 6./20. Juni 1890 in der Beschwerdesache N. c. N.

44.

Besportelung einer Beibringensinventur.

Ein Amtsgericht hatte die von dem Notar für eine Beibringens-Inventur angesetzte Sportel von 44 M. auf 88 M. erhöht.

Die hiegegen bei der Civilkammer des Landgerichts erhobene Beschwerde wurde verworfen. Auf weitere Beschwerde wurde der Sportelansatz des Notariats wieder hergestellt.

Gründe:

Nach Art. 1 Abs. 8 des allgemeinen Sportelgesetzes vom

16. Juni 1887 gilt für Beschwerden über Notariatsportelansätze der Art. 5 dieses Gesetzes. Nach der Bestimmung des Absatzes 2 und 5 dieses Artikels ist die Entscheidung der Civilkammer endgültig und daher die weitere an das Oberlandesgericht erhobene Beschwerde unzulässig.

Dagegen sieht man sich auf den Grund der Bestimmung des Absatzes 4 dieses Artikels veranlaßt, die Verfügungen des Amtsgerichts und der Civilkammer aus nachstehenden Gründen aufzuheben und den Sportelansatz des Gerichtsnotariats wieder herzustellen.

Nach Art. 5 des Notar.Sport.Gesetzes ist dem Ansatz der nach dem Vermögen zu bemessenden Notariatsporteln das Aktivvermögen nach seinem gemeinen Wert ohne Abzug der Schulden zu Grund zu legen.

Die Beibringensinventare haben nur den Zweck, das aktive und passive Vermögen, welches jeder Ehegatte in die Ehe bringt, zu verzeichnen; das zu besportelnde Aktivvermögen bildet also bei diesen die Summe der beiderseitigen Sondergüter ohne Abzug der Schulden. Werden bei der Aufnahme des Inventars einzelne Vermögensteile als nicht zum Sondergute gehörig ausgesondert und unterbleibt aus diesem Grund die Inventarisation, so gehören dieselben nicht zu dem zu besportelnden Aktivvermögen.

Im vorliegenden Falle haben die Eheleute bei Errichtung des Zubringensinventars in zulässiger Weise (Art. 26 Abs. 1 Not.Ges.) festgesetzt, daß das vor Eingehung der Ehe erkaufte Gut zur Errungenschaft gehören solle und es unterblieb deshalb die Inventarisation desselben. Mit Recht hat daher das Gerichtsnotariat nicht den Wert des Guts, sondern nur diejenigen 5000 M. besportelt, welche dem Ehemann von seinem Vater am Gutskaufschilling als Heiratgut in Abzug gebracht worden sind.

Beschluß des I. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 29. November 1889 in der Beschwerdesache des Franz Anton Kirsch von Ellwangen.

45.

Gebühren eines Notars für Einzug des Fahrnis-Erlöſes in einer Verlaſſenſchafts-Sache.

Die Beſchwerde eines Notars gegen die von einem Amtsgericht verfügte Ermäßigung ſeiner Gebühren für Einzug des Fahrniserlöſes in einer Verlaſſenſchaftsſache wurde verworfen.

Gründe:

Da der Gerichtsnotar die Genehmigung des Einzugs des Fahrniserlöſes in der bezeichneten Verlaſſenſchaftsſache ohne Erwähnung einer über die Belohnung getroffenen Vereinbarung bei dem Amtsgericht nachgeſucht hat, ſo konnte dieſe nur in dem Sinne erfolgen, daß der Gerichtsnotar vorbehältlich der Prüfung des Amtsgerichts zur Berechnung einer angemeſſenen Gebühr für das Geſchäft berechtigt ſei. Wenn nun auch wirklich mit den Erben eine mündliche Vereinbarung über die Belohnung abgeſchloſſen worden ſein ſollte, wie von dem Gerichtsnotar behauptet, von jenen aber in Abrede gezogen wird, ſo war das Amtsgericht, nachdem ihm dieſelbe nicht rechtzeitig zur Genehmigung vorgelegt worden war, befugt, ſie nachträglich einer Prüfung zu unterziehen und im Wege der Dienſtaufſicht die Belohnung in einem den Verhältniſſen angemeſſenen Betrage feſtzuſetzen.

Nachdem das Geſchäft vollendet war, konnte das Amtsgericht die Uebernahme des Geſchäftes nicht mehr verweigern, wie es dies bei rechtzeitiger Mitteilung der Vereinbarung hätte thun können [1]).

Es war nunmehr in der Lage, die Belohnung im angemeſſenen Betrage zu beſtimmen.

Anlangend die Feſtſetzung der Gebühr für den Einzug von 11 400 M. für die von Fried. H. in Backnang erkauften Häute und die Anlegung dieſes Betrags bei der Gewerbebank, ſo glaubt der Gerichtsnotar die Beſtimmung des § 13 der K. Verordnung vom 14. Dezember 1873, betreffend die Gebühren

1) Juſt.Min.-Erlaß vom 7. März 1863.

der Gemeindediener, für sich in Anspruch nehmen zu können, wonach die Gemeinderatsmitglieder in dem früheren Zwangsvollstreckungsverfahren für den Einzug, die Ausbezahlung und Verwahrung des Fahrniserlöses 1½ % des Betrags als Gebühr berechnen durften; allein die analoge Anwendung dieser für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Bestimmung auf private Geschäfte der Notare ist nicht allgemein zulässig, wie denn auch die Just.Min.Verfügung vom 7. März 1873 die damals geltenden Vorschriften, § 13 der K. Verordnung vom 22. Februar 1841, nicht unbeschränkt für maßgebend erklärt.

Bei kleineren Beträgen ist gegen die Anrechnung einer Gebühr von 1½ % des Erlöses nichts zu erinnern; allein bei höheren Beträgen, wie im vorliegenden Falle, wo 11 400 M. in einem Posten und, wie die Civilkammer mit Recht angenommen hat, ohne besondere Bemühung einzuziehen waren, ist dieser Prozentsatz zu hoch; hier sind ¾ %, wie sie verwilligt wurden, vollgenügend.

Daß die hienach bemessene Gebühr nicht zu nieder ist, ergiebt auch eine Vergleichung mit der Bestimmung des § 87 der Gebührenordnung für die Rechtsanwälte, wonach der Rechtsanwalt für die Erhebung und Ablieferung von Geldern bei Beträgen bis 1000 M. 1 %, von 1000 bis 10 000 ½ % und von da ¼ % als Gebühr zu erheben befugt ist.

Zwar macht der Gerichtsnotar geltend, daß der Erlös aus den Häuten nicht von dem übrigen Fahrniserlös herausgegriffen werden dürfe, und daß er für den Einzug der Buchausstände mehr Einzugsgebühr verlangt haben würde, wenn nicht auf eine erhebliche Einzugsgebühr aus der hochwertigen Fahrnis zu rechnen gewesen wäre; allein hiegegen kommt in Betracht, daß von Anfang an eine abgesonderte Veräußerung der Häute in Aussicht genommen war, daß der Gerichtsnotar für den Einzug der Buchausstände nicht bloß 1½ % des Betrags, sondern außerdem noch eine Entschädigung für die Zeitversäumnis bei Abrechnung mit den Schuldnern und für Beitreibung der nicht eingehenden Posten erhalten hat, sowie daß der Gesamtbetrag der dem Gerichtsnotar verwilligten Gebühren mit

363 M. 91 Pf. als genügende Belohnung für seine Mühewaltung erscheint.

Beschluß des I. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 21. Februar 1890 in der Beschwerdesache des Gerichtsnotars D.

46.

Zu Art. 16 des Handels-Gesetz-Buchs.

Der Vorort der Vereine Kreditreform hat bei dem zuständigen Amtsgericht beantragt, der Firma „Verein Kreditreform S. F. und Komp." aufzugeben, den Beisatz „Verein Kreditreform" löschen zu lassen. Das Amtsgericht und die Civilkammer des Landgerichts haben den Antrag zurückgewiesen. Auf erhobene Beschwerde wurde beschlossen:

Dem Amtsgericht im Dienstaufsichtswege aufzugeben, die Teilhaber der von Simon F., Josef H. und Moritz W. errichteten offenen Handelsgesellschaft zur Beseitigung des Zusatzes: „Verein Kreditreform" zu ihrer Firma S. F. und Komp., nötigenfalls durch Ordnungsstrafen, anzuhalten und die Löschung des Zusatzes im Handelsregister herbeizuführen.

Begründung:

Simon F., Josef H. und Moritz W., welche ihren Erklärungen zufolge in Verbindung mit einem Auskunftsbureau gewerbemäßig auch Agenturgeschäfte und die Geschäfte des Kommissionärs (Art. 272 Z. 3 u. 4 des H.G.B.), somit ein Handelsgewerbe betreiben, haben für die von ihnen errichtete offene Handelsgesellschaft die Firma: „Verein Kreditreform S. F. und Komp." in das bei dem K. Amtsgericht geführte Register für Gesellschaftsfirmen eintragen lassen.

Der Vorschrift des Art. 17 des H.G.B., wornach die Firma einer offenen Handelsgesellschaft, wenn in dieselbe nicht die Namen sämtlicher Gesellschafter aufgenommen sind, den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten muß, entspricht also die Firma: „S. F. und Komp." Nach Art. 16

Abs. 2 H.G.B. sodann, der nach Art 5 bezüglich des Satzes 2 auf die Firmen von Handelsgesellschaften ebenfalls Anwendung findet, sind solche Zusätze zu der Namensfirma gestattet, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, wogegen andere Zusätze nicht gestattet sind. Der Zusatz: „Verein Kreditreform" zu der Namensfirma: „S. F. und Komp." dient nun nicht zur näheren Bezeichnung der Gesellschafter und auch nicht zur näheren Bezeichnung ihres Geschäftes. Der Zusatz weist nicht darauf hin, daß die offene Handelsgesellschaft S. F. und Komp. Auskunft über die Vermögens- und Kreditverhältnisse Dritter giebt, nicht darauf, daß sie Agentur und Kommissionsgeschäfte betreibt. Der Zusatz: Verein Kreditreform erweckt vielmehr den Schein, daß die Gesellschaft aus einer größeren Anzahl von Geschäftsleuten bestehe, welche sich zur Herbeiführung einer Reform des Kreditwesens im Geschäftsleben vereinigt haben; er bezweckt Verwechslungen der Firma S. F. und Komp. mit einem Vereine nach Art der an verschiedenen Orten Deutschlands und des Auslands bestehenden, unter sich im Verbande befindlichen Vereine: „Kreditreform" herbeizuführen und dadurch Kunden herbeizuziehen; und er beabsichtigt also nur eine Reklame. Da sonach die Gesellschaft nicht befugt ist, sich des in Rede stehenden Zusatzes zu ihrer Firma zu bedienen, so hätte die Firma nicht mit dem Zusatze eingetragen werden sollen; und vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung aus sind die Teilhaber der Gesellschaft verbunden, den Zusatz wieder zur Löschung zu bringen. Eben weil es sich um die Wahrung der öffentlichen Ordnung handelt, rechtfertigt es sich im Dienstaufsichtswege dem Amtsgericht bezüglich des Zusatzes das Erforderliche aufzugeben, und insoweit den Beschluß desselben vom 5. Februar d. J., den Antrag auf Löschung der Firma zurückzuweisen, sowie den Beschluß der Civilkammer des K. Landgerichts, die Beschwerde gegen den amtsgerichtlichen Beschluß zu verwerfen, außer Wirkung zu setzen.

Beschluß des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 18. April 1890 in der Beschwerdesache der Vereine Kreditreform.

47.

Verpflichtung eines landwirtſchaftlichen Konſumvereins zur Anmeldung des Vereins behufs Eintrags in das Genoſſenſchaftsregiſter.

Das Thatſächliche ergiebt ſich aus dem Erlaſſe an das Amtsgericht H.:

Auf den Bericht vom 22. v. Mts., betreffend die Beſchwerde des Oelmüllers Karl P. zu E. wider den Beſchluß des K. Amtsgerichts vom 17. Februar d. J., wodurch dem Beſchwerdeführer unter Androhung der Ordnungsſtrafe von 80 M. aufgegeben wurde, binnen 14 Tagen den in E. gegründeten Konſumverein behufs der Eintragung in das Handelsregiſter anzumelden, wird dem Amtsgericht zu erkennen gegeben, daß man die Beſchwerde als unſtatthaft verworfen hat, da nach Art. 19 Abſ. 3 des Ausf.Geſ. zur R.C.P.O und § 152 Abſ. 2 des R.Geſ. vom 1. Mai 1889, betreffend die Erwerbs- und Wirtſchaftsgenoſſenſchaften, die ſofortige Beſchwerde an das Oberlandesgericht nur gegen die Entſcheidungen, durch welche eine Ordnungsſtrafe nach Art. 19 Abſ. 1 und 2 des cit. Ausführungsgeſetzes verhängt wird, ſtattfindet.

Hiebei wird jedoch das Amtsgericht darauf aufmerkſam gemacht, daß, wie nach dem Geſetze vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtſchaftsgenoſſenſchaften, ſo auch nach dem R.Geſ. vom 1. Mai 1889 die Geſellſchaften, welche unter die Begriffsbeſtimmung des § 1 fallen, die Wahl haben, ob ſie ſich den Beſtimmungen des Geſetzes, um die in demſelben bezeichneten Rechte zu erwerben, unterwerfen, oder ob ſie nach den anderweitig geltenden Rechtsſätzen behandelt werden wollen. Hiefür ſpricht insbeſondere § 1 im Zuſammenhalt mit § 71 Abſ. 2 des Geſetzes vom 4. Juli 1868, wornach die Beſtimmung des § 66 Abſ. 1 dieſes Geſetzes, daß der Vorſtand zu Befolgung der in § 4 enthaltenen Vorſchrift durch Ordnungsſtrafen anzuhalten ſei, zur Vorausſetzung hatte, daß von der Genoſſenſchaft der Beſchluß, ſich eintragen zu laſſen, gefaßt war. In

§ 152 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 ist aber unter den Vorschriften, zu deren Befolgung die Mitglieder des Vorstandes durch Ordnungsstrafen anzuhalten sind, der dem § 4 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 korrespondierende § 11 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 gar nicht aufgeführt.

Beschluß des I. Civilsenats des K. Oberlandesgerichts vom 28. März 1890 in Sachen des landwirtschaftlichen Konsumvereins zu E.

48.

Beginn des Laufs der Verjährung einer im Konkursverfahren festgestellten Forderung nach Maßgabe des Gesetzes vom 6. Mai 1852. Unterbrechung der Verjährung durch Anerkenntnis.

Der Beklagte, welcher ein kaufmännisches Geschäft betreibt, hat dem Kläger Waren um den Kaufpreis von 379,50 M. geliefert und diese Forderung in dem Konkurs des Klägers angemeldet. Dieselbe wurde in dem Prüfungstermin am 15. Januar 1885 von dem Gemeinschuldner anerkannt und in dem angemeldeten Betrag festgestellt, kam jedoch wegen Massenmangels nicht zur Befriedigung. Die Aufhebung des Konkursverfahrens ist am 5. März 1885 erfolgt. Mit Brief vom 25. Januar 1888 forderte der Beklagte den Kläger auf, ihm Abschlagszahlungen an seiner Forderung von 379,50 M. zu machen, da er in Erfahrung gebracht habe, daß der Kläger in der Lage sei, seine Gläubiger zu befriedigen. Letzteres widersprach der Kläger in seiner schriftlichen Antwort vom 2. Februar 1888 und fügte bei: Sie dürfen versichert sein, daß, wenn ich in die Lage käme, zahlen zu können, es mein ernstliches Bestreben sein wird, die Sache zu bereinigen."

Der Kläger erhob nun, gestützt auf die Behauptung, daß die Forderung des Beklagten durch Verjährung nach Maßgabe des Gesetzes vom 6. Mai 1852 erloschen sei, Klage gegen den Beklagten auf Feststellung, daß diese Forderung nicht mehr bestehe. Die Klage wurde abgewiesen aus nachstehenden Gründen:

„Daß die Forderung des Beklagten, welche den Kaufpreis für Waren, die der Kläger aus dem kaufmänniſchen Geſchäft des erſteren bezogen hat, zum Gegenſtand hat, und deren Nichtbeſtehen wegen eingetretener Verjährung nach dem Antrag des Kl. in dem vorliegenden Rechtsſtreit feſtgeſtellt werden ſoll, nach Art. 1 Z. 1 des Geſetzes vom 6. Mai 1852 der in Art. 2 dieſes Geſetzes beſtimmten 3jährigen Verjährungsfriſt unterworfen iſt, iſt außer Zweifel. Die Anmeldung jener Forderung im Konkurs des Klägers, welche als außergerichtliche Klage im Sinn des Art. 5 des citierten Geſetzes anzuſehen iſt, hat nun ihre Erledigung durch die Feſtſtellung der Forderung in dem Prüfungstermin des Gemeinſchuldners gefunden. Da die Eintragung dieſer Feſtſtellung in der Tabelle nach § 152 Abſ. 2 (zu vergl. auch § 133 Abſ. 2) K.O. die Wirkung eines rechtkräftigen Urteils hat, ſo kann bezüglich der Frage der Verjährung jene Erledigung der Forderung des Beklagten der Erledigung desſelben durch ein rechtskräftiges Urteil gleichgeſtellt werden. Da übrigens der Gemeinſchuldner, wie in voriger Inſtanz feſtgeſtellt worden iſt, die Forderung des Beklagten in dem Prüfungstermin anerkannt hat, ſo rechtfertigt ſich auch die Annahme, daß es ſich hier um die Erledigung einer Klage durch Anerkenntnis handle. In dem einen oder anderen Fall würde die Anwendung des Art. 8 des Verjährungsgeſetzes, welcher beſtimmt, daß im Fall der Erledigung der Klage durch rechtskräftiges Urteil oder Anerkenntnis des Beklagten die 3jährige Verjährungsfriſt von der Eröffnung des Urteils oder der Ablegung des Anerkenntniſſes an laufe, in Frage kommen. Allein von dem erſten Anfangstermin kann hier nicht die Rede ſein, weil die Eintragung der feſtgeſtellten Forderung in der Konkurstabelle nicht zu eröffnen iſt (zu vergl. § 134 Abſ. 1 S. 2 K.O.), vielmehr iſt die Beſtimmung des Art. 3 des Verjährungsgeſetzes allein maßgebend, wonach die Verjährung in Ermanglung der Feſtſetzung eines Zahlungstags mit dem Schluß des Jahrs beginnt, in welchem die Forderung klagbar geworden iſt. Auch von dem Tag der Ablegung des Anerkenntniſſes kann der Lauf der Verjährungsfriſt nicht berechnet wer-

den, weil der Art. 8 voraussetzt, daß mit dem genannten Tag die Forderung klagbar ist, indem er sonst mit der Bestimmung des Art. 3 in Widerspruch geraten würde. Diese Voraussetzung trifft aber im vorliegenden Fall nicht zu, weil nach § 152 Abs. 1 K.O. der nicht befriedigte Konkursgläubiger erst nach der Aufhebung des Konkursverfahrens seine Forderung gegen den Schuldner geltend machen kann (zu vergl. auch § 11 K.O.). Die Frist der Verjährung der in dem Prüfungstermin festgestellten und in der Konkurstabelle eingetragenen Forderung des Beklagten konnte also, wie auch von dem Kläger anerkannt wird, frühestens mit der am 5. März 1885 erfolgten Aufhebung des Konkursverfahrens beginnen, also nicht vor dem 5. März 1888 abgelaufen seien.

Nach Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes vom 6. Mai 1852 unterbricht nun aber das Anerkenntnis der Forderung durch den Schuldner, welches durch schriftliche Urkunden bewiesen werden kann, die Verjährung. Ob unter dem Anerkenntnis, welches zur Unterbrechung der letzteren erforderlich ist, jede ernstlich gemeinte und in gehöriger Bestimmtheit erfolgte Anerkennung der Forderung [1]) oder nur eine solche Anerkennung, welche die Natur eines Rechtsgeschäfts hat [2]), zu verstehen ist, kann dahin gestellt bleiben. Denn nimmt man auch letzteres an, so enthält der Brief des Klägers vom 2. Februar 1888 an den Beklagten ein als Rechtsgeschäft des ersteren sich darstellendes Anerkenntnis. Wenn nämlich der Kläger in jenem Brief, welcher die Antwort auf die in dem Schreiben des Beklagten vom 25. Februar 1888 enthaltene Mahnung zur Bezahlung der Forderung des letzteren im Betrag von 379,50 M. enthält, die Erklärung abgibt: „Sie dürfen versichert sein, daß, wenn ich

---

1) Arndts, Pand. § 110, Seuffert, Pand. § 29, Sintenis, Civilrecht (2. A.) I § 31 S. 290, 291 n. 51, Entsch. des R.G. XV, 180, Seuffert, Arch. X n. 223, XIX n. 113, XX n. 188, XXXIV n. 4, XXXVII n. 185, Entw. des B.G.B. § 169, Mot. I, 326.

2) Savigny, Syst. V, 314, zu vergl. Wächter, württ. Pr.R. II, 815, Windscheid, Pand. § 108, Seuffert, Arch. XXVI n. 289, XXXI n. 6.

je in die Lage käme, zahlen zu können, es mein ernſtliches Beſtreben ſein wird, die Sache zu bereinigen," ſo wird hiemit von dem Kläger in unzweideutiger Weiſe anerkannt, daß er Schuldner der Forderung des Beklagten ſei, da ſonſt von einem ernſtlichen Beſtreben, die Sache, d. h. dieſe Forderung zu bereinigen, nicht die Rede ſein könnte, und es wird nur die Bezahlung der Forderung davon abhängig gemacht, daß der Kläger in die Lage komme, zahlen zu können. Dieſer Beiſatz macht das Anerkenntnis des Klägers, daß er ſchuldig ſei, nicht unbeſtimmt, ſondern nur die Zeit der Bezahlung. Ebenſowenig iſt jenes Anerkenntnis deshalb unzureichend, weil dasſelbe den dem Beklagten geſchuldeten Betrag nicht enthält. Denn über die Größe der Forderung des Beklagten, welcher nur die den Gegenſtand der Klage bildenden Forderung an den Kläger zu machen hat, herrſcht kein Streit. Es iſt daher außer Zweifel, daß der Kläger die Forderung in demjenigen Betrag, in welchem ſie beſtanden, und in welchem der Beklagte mit Schreiben vom 25. Januar 1888 Zahlung verlangt hat, in obigem Brief anerkannt hat.

Enthält aber dieſer Brief ein genügend beſtimmtes Anerkenntnis der Forderung des Beklagten, welches durch eine ſchriftliche Urkunde bewieſen werden kann, ſo iſt durch dasſelbe die Verjährungsfriſt vor ihrem Ablauf unterbrochen worden und daher die vom Kläger geltend gemachte Einrede der Verjährung, welche auf den Ablauf der 3jährigen Friſt ſeit der Aufhebung des Konkursverfahrens gegen den Kläger geſtützt wird, zu verwerfen.

Hienach rechtfertigt ſich die Abweiſung der angeſtellten Klage."

Urteil des II. Civilſenats des K. Oberlandesgerichts vom 9. April 1891 in Sachen Bauer g. Oppenheimer.

49.

Festsetzung von Kosten auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, dessen Vollstreckung gemäß § 10 des Anfechtungsgesetzes vom Eintritt der Rechtskraft der gegen den Schuldner ergangenen Entscheidung abhängig gemacht wird.

Das Landgericht — setzte auf Grund des rechtkräftigen Urteils vom 31. Oktober 1890, dessen Vollstreckung nach Maßgabe des § 10 des Anfechtungsgesetzes vom Eintritt der Rechtskraft zweier gegen den Schuldner der Kläger ergangener vorläufig vollstreckbarer Urteile abhängig gemacht wurde, die von dem Beklagten den Klägern zu erstattenden Kosten auf 96,60 M. fest. Gegen diesen Beschluß legte der Beklagte Beschwerde ein und bat, unter Aufhebung desselben in erster Linie den Antrag auf Festsetzung der Kosten als zur Zeit unzulässig zurückzuweisen, in zweiter Linie die Vollstreckung des angefochtenen Beschlusses von dem Eintritt jener Rechtskraft abhängig zu machen. Zur Begründung des ersteren Gesuchs wurde geltend gemacht, daß obiges Urteil, solange nicht die Bedingung, von deren Eintritt die Vollstreckung desselben abhängig gemacht worden sei, sich erfüllt habe, kein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel sei.

Das Landgericht bemerkte in seinem Bericht, daß es in Uebereinstimmung mit der Ausführung von Gaupp, Komm. 2. A. Bem. I Abs. 2 zu § 98 C.P.O. die Kosten der Kl. vorbehaltlos gemäß § 98. C.P.O. festgesetzt habe.

Das Oberlandesgericht beschloß in Erwägung,

„1) daß sowohl nach dem Wortlaut der Urteilsformel, als nach den Entscheidungsgründen gemäß der Bestimmung des § 10 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 die Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils vom 31. Oktober 1890 im Ganzen d. h. in der Hauptsache und im Kostenpunkt von dem Eintritt der Rechtskraft der gegen den Schuldner vom Kläger erlassenen Urteile des Landgerichts — und des Amtsgerichts — vom 25. und 29. April 1890 abhängig gemacht worden ist,

2) daß es auch den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung zum Ersatz der Prozeßkosten nicht entsprechen würde, auf Grund eines gemäß § 10 des Anfechtungsgesetzes nur bedingt vollstreckbaren, den Beklagten zur Erstattung der Kosten verpflichtenden Urteils vor Eintritt der Bedingung die Entscheidung über die Kosten vollstrecken zu lassen, da es noch ungewiß ist, ob die Bedingung eintritt und daher die Erfüllung des Anfechtungsanspruchs verlangt werden kann, ob somit der Anfechtungskläger in der Hauptsache mit seinem Anspruch durchdringt,

3) daß übrigens, obgleich die Entscheidung auch über die Kosten nach dem Urteil vom 31. Oktober 1890 nur bedingt vollstreckbar ist, doch schon vor dem Eintritt der Bedingung die Festsetzung der Kosten erfolgen kann, weil diese nur einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel erfordert, ein solcher aber nach § 644 C.P.O. jenes rechtskräftige Urteil ist, und weil die Abhängigmachung der Vollstreckung desselben von dem Eintritt einer Bedingung nach §§ 664 und 671 Abs. 2 C.P.O. nur den Beginn der Zwangsvollstreckung bis nach dem vorgeschriebenen Nachweis des Eintritts der Bedingung hinausschiebt,

4) daß aber in dem Kostenfestsetzungsbeschluß zu bemerken ist, daß die Vollstreckung des Urteils von dem Eintritt einer Bedingung abhänge, da sonst die Vollstreckung jenes Beschlusses entgegen der Bestimmung des Urteils vor dem Eintritt der Bedingung der Vollstreckung des letzteren bewirkt werden könnte,

den angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluß dahin abzuändern, daß die von dem Beklagten den Klägern nach dem rechtskräftigen Urteil der Civilkammer des Landgerichts zu — vom 31. Oktober 1890, dessen Vollstreckung von dem Eintritt der Rechtskraft der gegen den Schuldner des Klägers erlassenen Urteile jener Civilkammer und des Amtsgerichts — vom 25. und 29. April 1890 abhängig gemacht worden ist, zu erstattenden Kosten auf 96,60 M. festgesetzt werden."

Beschluß des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom

24. Februar 1891 in der Beschwerdesache Vogel gegen Löwengart u. Gen.

Die von den Klägern gegen vorstehende Entscheidung eingelegte Revision wurde durch Beschluß des Reichsgerichts vom 11. Mai 1891 als unbegründet zurückgewiesen, wobei dasselbe von folgenden Erwägungen ausging:

Es kann nach Lage der Sache dahingestellt bleiben, ob — wie in dem von den Beschwerdeführern in Bezug genommener Aufsatz bei Gruchot Bd. 34 S. 872 ff. erörtert wird — der Kostenfestsetzungsbeschluß nur über den Betrag der Kosten und, soweit es sich nicht um die Kosten des Festsetzungsbeschlusses handelt, nicht über die Pflicht zum Ersatz entscheidet. Denn jedenfalls kann auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Festsetzungsbeschlusses gemäß § 702 Z. 3 C.P.O. die Zwangsvollstreckung wegen der festgesetzten Kosten unternommen werden, und die Annahme des Oberlandesgerichts, daß, wenn, wie hier, die Pflicht zur Erstattung der Kosten von einer Bedingung abhängt, dies im Festsetzungsbeschluß zum Ausdruck zu bringen ist, erscheint vollständig gerechtfertigt, jedenfalls bei der dem Sachverhalt entsprechenden Richtigkeit des Zusatzes in hohem Grad zweckmäßig und mit der gleichfalls von den Beschwerdeführern citierten Entscheidung (juriſt. Wochenschr. 1882 S. 131) im Einklang."

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

1.

Bekanntmachung der Strafbescheide der Verwaltungsbehörden in dem Verfahren wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebungen öffentlicher Abgaben und Gefälle.

§ 459 d. St.P.O.; Art. 14 Abs. 2 und Art. 22 des Landesgesetzes vom 25. August 1879 betr. das Verfahren der Ver-

waltungsbehörden 2c. 2c. (R.B. S. 259 ff.). Beschluß des Strafsenats vom 24. Dez. 1890 in der Beschwerdesache des H. E. von S. u. Gen. [1]).

Gegen S. A. E. von B. war in den Jahren 1878 bis 1882 eine Untersuchung wegen Kapitalsteuergefährdung im Verwaltungswege anhängig. Im Lauf derselben starb er. Als seine 4 Erben traten noch vor dem Abschluß des Strafverfahrens seine Söhne, die Kaufleute Hr. E. und Al. E. in S., und seine verheirateten Töchter Na. K. in S. und Jul. H. in N. auf. Am 26. Juli 1882 erließ das K. Steuerkollegium einen Strafbescheid, wodurch „die Hinterlassenschaft des S. A. E. von B. beziehungsweise dessen Erben" wegen — — — durch den Erblasser fortgesetzt verübter Gefährdung der Kapitalsteuer im Betrage von — — — — in Anwendung der Art. 11 und 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 u. Art. 5 des Gesetzes vom 15. Juni 1853 in die Geldstrafe des zehnfachen Betrags der hinterzogenen Steuern — — verfällt, auch zum Ersatz der Untersuchungskosten verpflichtet wurden. Angefügt war die übliche gedruckte Belehrung über die „dem Beschuldigten" gemäß § 459 d. R.P.O. und Art. 23 des Landesgesetzes vom 25. Aug. 1879 zustehenden Rechtsbehelfe [2]). Die Erbin Jul. H. hatte im Januar 1882 eine auf ihren Ehemann ausgestellte, ihn insbesondere zur Entgegennahme von Zustellungen ermächtigende Generalvollmacht zu den Akten gegeben. Der Finanz-Untersuchungsbeamte bewirkte die Bekanntmachung des Strafbescheids mittels Abschriftenzustellung durch die Post, wobei die gewöhnlichen Zustellungsformulare zur Anwendung kamen. Die Postsendungen waren adressiert an Hr. E. und Al. E., sowie an die Ehemänner der Na. K. und der Jul. H.; die Zustellungen erfolgten am 6., bezw. 7. Aug. 1882, und zwar an die Ehemänner der N. K. und der Jul. H. in

1) Zu vergl. Jahrb. d. W. R.Pfl. Bd. II S. 52 ff., S. 111 ff., S. 157 ff.

2) Art. 11 Abs. 4 des Gesetzes v. 19. Sept. 1852, nun durch Art. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1890 (R.B. S. 105) aufgehoben. A. d. E.

Perſon, während für die in ihrer Wohnung nicht angetroffenen Hr. E. und Al. E. an den in den Urkunden als zur Familie gehöriger erwachſener Hausgenoſſe und als in der Familie dienender erwachſener Knecht bezeichneten Paul J. die Uebergabe erfolgte. Dem bei der Abſendung an Hr. E. ſeitens des abſendenden Beamten ausgeſprochenen Verlangen der Nachſendung an den derzeitigen Aufenthaltsort im Falle der Abweſenheit des Hr. E. (der auch wirklich damals vorübergehend ſich in K. in Bayern aufhielt) war aus unbekannten Gründen nicht entſprochen worden, wobei man ſich indeſſen beruhigte. Hr. E. erklärte in einer bei dem Steuerkollegium unterm 14./15. Aug. 1882 von K. in Bayern aus abgeſandten Eingabe, daß ihm der Strafbeſcheid vom 8. Auguſt 1882 zugeſtellt (d. h. wohl dorthin von Paul J. nachgeſendet) worden ſei. Daß auch die Zuſtellungsurkunde in die Hände des Hr. E. gelangt iſt, ergab ſich weiterhin. Das bei der Zuſtellung für den Erben Al. E. ſeitens des Poſtboten zurückgelaſſene Duplikat der Zuſtellungsurkunde iſt, abweichend von der ſeiner Zeit dem abſendenden Beamten übermittelten, auf den 7. Aug. 1882 lautenden Urkunde, vom 6. jenes Monats datiert.

Noch im Auguſt 1882 erfolgten teils unmittelbar ſeitens des Erben Hr. E., teils ſeitens des damals von ſämtlichen Erben mit ihrer Verteidigung beauftragten Rechtsanwalts — Erklärungen des Verzichts auf Rechtsmittel gegen den ergangenen Strafbeſcheid. Ein ſodann von dem Rechtsanwalt — („Verteidiger") eingereichtes Gnadengeſuch war in der Hauptſache erfolglos. Strafe und Koſten wurden von den Erben im Jahr 1883 bezahlt. — Im Jahr 1889 aber ſtellten die Erben den Antrag auf gerichtliche Entſcheidung. Es wurde zur Begründung dieſes Antrags unter anderem geltend gemacht: Fortſetzung des Strafverfahrens mit den Erben ſei unzuläſſig geweſen; der Strafbeſcheid ſei nicht rite eröffnet, alſo nicht rechtskräftig geworden, denn Eröffnung könne nur gegenüber dem Beſchuldigten, nicht gegenüber von deſſen Erben erfolgen; überdies dürfen Poſtzuſtellungen nach Art. 14 Abſ. 3 (Art. 22) des Geſ. vom 25. Aug. 1879 nicht gemäß den für das Ver-

fahren vor den ordentlichen Gerichten geltenden § 35 Abſ. 2 und § 37 d. St.P.O. erfolgen, ſondern beſtehen in Behändigung (nämlich an den Adreſſaten ſelbſt); was insbeſondere die Zuſtellung an den Knecht anbelange, ſo wiſſe das Geſetz vom 25. Aug. 1879 nichts von einer Erſatzzuſtellung, wie ſie von der R.C.P.O. geordnet ſei, der angebliche Knecht (Paul J.) ſei zudem, wie ein vorgelegtes ſchriftliches Zeugnis ergebe, niemals Knecht, ſondern Handlungsgehilfe der Adreſſaten geweſen; die an die Ehemänner der Erbinnen Na. K. und Jul. H. erfolgten Zuſtellungen ſeien, weil nicht an die Erbinnen ſelbſt erfolgt, ungültig, trotz der ungültigen Zuſtellungen ſei aber die Sache an das Gericht erwachſen, weil das Steuerkollegium die Eröffnung des Strafbeſcheids als rite geſchehen betrachtet und ihn durch Einzug der Geldſtrafe vollſtreckt habe; die freiwillig erfolgte Zahlung und die früheren Verzichtserklärungen ſchließen die Betretung des Rechtsweges gegen den nicht rechtswirkſam eröffneten Strafbeſcheid nicht aus.

Von der Strafkammer des Landgerichts R. wurde der Antrag auf gerichtliche Entſcheidung als nicht rechtzeitig angebracht und darum unzuläſſig verworfen. Ihre Erwägungen beruhten im weſentlichen darauf: Verzicht auf Rechtsmittel und Vollſtreckung eines Strafbeſcheids vor deſſen Bekanntmachung ſeien allerdings rechtlich bedeutungslos; bei der erfolgten Bekanntmachung des Strafbeſcheids ſeien Unregelmäßigkeiten vorgekommen, indem bei den Erſatzzuſtellungen an den Handlungsgehilfen Paul J. (für die Erben Hr. E. und Al. E). das Vorliegen der Vorausſetzung des § 168 Abſ. 1 der C.P.O. nicht erſichtlich, die Zuſtellung an die Ehemänner der Erbinnen Na. K. und Jul. H. aber nicht als Erſatzzuſtellung erfolgt ſei; dieſe Unregelmäßigkeiten ſeien aber von keiner weſentlichen Bedeutung, denn der § 459 Abſ. 2 d. St.P.O. ſchreibe die Art der Bekanntmachung nicht vor, der § 35 der St.P.O. beziehe ſich nur auf gerichtliche Entſcheidungen, die Vorſchriften der Civilprozeßordnung über Zuſtellung finden alſo keine Anwendung; aus den Vorgängen (Erklärungen vom Aug. 1882 u. ſ. w.) ſei dagegen zu ſchließen, daß die Erben ſelbſt

im Auguſt 1882 durch die landesgeſetzlich zugelaſſene Vermittlung der Poſt, wenn auch indirekt, die Strafbeſcheide erhalten haben, woneben in Betracht komme, daß, was die Erbin Jul. H. betreffe, der Strafbeſcheid ihrem hiezu bevollmächtigten Ehemann rite zugeſtellt worden ſei. Beſchuldigter im Sinne des § 459 d. St.P.O. ſei der, gegen welchen der Strafbeſcheid formell gerichtet ſei, und welcher ſich durch denſelben beſchwert erachte, im vorliegenden Fall alſo die Erben, denen gegenüber Rechtskraft des Strafbeſcheids eintreten könne.

Die von den 3 Erben Hr. E., Al. E. und Ra. K. gegen dieſe Entſcheidung erhobene Beſchwerde führte unter anderem aus: es ſei aus dem Strafbeſcheid weder zu erkennen, daß die Erben für ihre Perſon beſtraft werden ſollten, noch welche einzelne Perſonen als Erben zu beſtrafen ſeien, eine Individualiſierung der Perſon der Beſchuldigten durch den eröffnenden Unterſuchungskommiſſär ſei unzuläſſig, die Erben ſeien nicht als Beſchuldigte beſtraft worden.

Der Strafſenat verwarf die Beſchwerde. Aus den Gründen:

Die Beſchwerde iſt unbegründet.

Der angefochtene Beſchluß geht davon aus: die die Zuſtellung des Strafbeſcheids an die Erben betreffenden Akte ſeien mit Unregelmäßigkeiten verbunden geweſen, es ſei dies aber deshalb nicht von weſentlicher Bedeutung, weil aus dem Verhalten der Erben nach Erlaß des Strafbeſcheids hervorgehe, daß ihnen im Auguſt 1882 die durch die Poſt vermittelte, wenn auch zunächſt an andere Perſonen behändigte Zuſendung des Strafbeſcheids zugegangen ſei.

Die Beſchwerde macht hiegegen namentlich geltend, daß der Art. 22 des Landesgeſetzes vom 25. Aug. 1879, betr. das Verfahren der Verwaltungsbehörden bei Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergeſetze, eine — ſei es durch Eröffnung zu Protokoll, ſei es durch Zuſtellung einer Abſchrift geſchehende — unmittelbare Bekanntmachung des Strafbeſcheids an den Beſchuldigten vorausſetze, daß dieſe Vorſchrift keinem der Erben gegenüber eingehalten worden ſei, und daß beſtritten

werde, der Beschwerdeführerin Ra. K. sei jemals der Strafbescheid zu Gesicht gekommen, indem sie höchstens auf eine nicht erkennbare Weise ihre Verurteilung zu Bezahlung einer großen Geldsumme erfahren habe.

Es hat nun zunächst im Hinblick auf die Regelung des durch das Gesetz vom 25. August 1879 geordneten Verfahrens der Verwaltungsbehörden die Frage dahingestellt zu bleiben, ob der seiner Zeit von Seiten der Beschwerdeführer ausgesprochene Verzicht auf Beantragung gerichtlicher Entscheidung, um wirksam zu sein, die zuvor erfolgte Bekanntmachung des Strafbescheids voraussetze, oder ob die Thatsache der Unterwerfung unter denselben das Recht zur Stellung des Antrags ausschließe [1]). Der Beweis aber, daß der Strafbescheid im August 1882 in die Hände der Beschwerdeführer gelangt sei, ist aus den von dem vorigen Richter in Erwägung gezogenen, auf diese Thatsache und ihre damalige Anerkennung seitens der Beschwerdeführer notwendig hinweisenden Umständen als erbracht anzusehen, und auch daran kann nach der Sachlage nicht gezweifelt werden, daß die Beschwerdeführer die Behändigung an sie als eine von der zuständigen Behörde veranlaßte und die behändigte Zusendung als eine für sie bestimmte erkannt haben.

Ob die Beschwerdeführer auf eine vorschriftsmäßige, d. h. eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Bekanntmachung des Strafbescheids verzichtet haben und mit Wirksamkeit verzichten konnten, steht nicht in Frage, denn die, wenn auch nicht unmittelbar durch die Post erfolgte, Behändigung des Strafbescheids an dieselben ist als eine den gesetzlichen Anforderungen genügende anzusehen. Es ist eine unbegründete Aufstellung der Beschwerde, daß das Gesetz vom 25. Aug. 1879

---

1) Zu vergl. Stenglin, St.P.O. (2 Aufl.) zu § 460 Note 2; Puchelt St.P.O. zu § 460, Not. 9; Löwe, St.P.O. (5. Aufl.) S. 491 (zu Buch VI, Abschn. III Note 2 b); Meves in Holtzendorff, Handb. d. deutsch. Strafproz.R. Bd. II S. 439; Arndt in v. Liszt, Zeitschrift f. d. ges. Strafr.-Wissensch. Bd. V S. 295 ff.; Keller, St.P.O. (2. Aufl.) zu § 459 N 3; Landesges. vom 25. Aug. 1879 Art. 27, namentlich Ziff. 1. A. d. E.

(Art. 22 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2) bei der durch Vermittelung der Post geschehenden Behändigung eine unmittelbare Zustellung des Strafbescheids an den von demselben Betroffenen als notwendig voraussetze. Dieses Gesetz, welches die Art der Zustellung der Strafbescheide regelt, bestimmt darüber, in welcher Weise die Vermittlung der Post anzugehen sei, nichts, und die den Postverkehr regelnden Verordnungen lassen es zu, daß unter verschiedenen Voraussetzungen die Behändigung von zur Post gegebenen Sendungen nicht unmittelbar an die Adressaten, sondern an dritte geschieht. Für den Postverkehr kam zu der in Frage stehenden Zeit zunächst die inländische Postordnung vom 14. März 1881 (R.B. S. 21 ff.) in Betracht. Nach § 14 derselben hängt es vom Willen des Absenders ab, ob er, abweichend von der allgemeinen Regel (§ 41) der Sendung eine Zustellungsurkunde zum Zwecke der Erlangung einer postamtlichen Bescheinigung über die erfolgte Bestellung beifügen will, und es finden nach § 42 (I) ebendaselbst für diesen Fall die Bestimmungen in §§ 165—170. 174 und 178 der Civilprozeßordnung entsprechende Anwendung. Diesen Vorschriften gemäß ist die an Al. E. adressierte Sendung in der Wohnung auf dem Wege der Ersatzzustellung an einen Paul J. bewirkt worden. Zwar wird sie deshalb bemängelt, weil Paul J. nicht, wie es in der an den absendenden Untersuchungsbeamten zurückgekommenen Postzustellungsurkunde, abweichend von der dem Empfänger der Sendung übergebenen, heißt, ein Knecht, sondern ein Handlungsgehilfe des E. gewesen sei; allein es ist dabei übersehen, daß Paul J. (auf beiden Urkunden) auch als zu der Familie gehörender erwachsener Hausgenosse bezeichnet ist, und es liegen Umstände nicht vor, welche diese Annahme des Postboten als eine ungerechtfertigte erscheinen ließen. Hienach wäre die den Al. E. betreffende Zustellung ordnungsmäßig erfolgt, wenn nicht ein (bisher nicht berührter) Widerspruch in den Daten der beiden vorliegenden Zustellungsurkunden, von welchen die eine (die dem Empfänger übergebene) vom 6., die andere vom 7. August 1882 datiert, vorläge. Was sodann die für Hr. E. bestimmte

Sendung betrifft, so hätte nach der Bekanntmachung des K. Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten, Abt. für die Verkehrsanstalten, vom 20. Febr. 1880 unter I. Abs. 3 u. 4 (Württ. Gerichtsblatt Bd. XVII, S. 130) in Verbindung mit der gedachten inländischen Postordnung § 42 (II), § 44 (I), § 45 (I) in diesem Falle die Postsendung nachgesendet oder, wenn ihre Nachsendung nicht ausführbar war, als unbestellbar behandelt werden sollen. — Allein diese Regelwidrigkeiten und der Umstand, daß die Behändigung des Strafbescheids an Ra. K. nicht durch eine unmittelbar an sie adressierte Postsendung, sondern auf dem Umwege einer an ihren Ehemann adressierten (diesem übrigens persönlich zugestellten) Sendung geschah, sind nicht geeignet, der schließlichen Behändigung an die Erben selbst die Wirksamkeit einer Bekanntmachung im Sinne des Art. 22 des Gesetzes vom 25. Aug. 1879 nicht angedeihen zu lassen. Es lassen nämlich sowohl die Fassung dieses Gesetzes, als insbesondere der Bericht der Justizkommission der II. Kammer zu Entwurf Art. 13 Abs. 2 (Ges. Art. 14 Abs. 2), auf welchen der Kommissionsbericht der I. Kammer Bezug nimmt, keinem Zweifel darüber Raum, daß als Bekanntmachung einer zu eröffnenden Verfügung mittels abschriftlicher Behändigung die Thatsache zu genügen hat, daß das Schriftstück in die Hände dessen gelangt, welchem eröffnet werden soll [1]).

---

1) Was die Erfordernisse rechtswirksamer Bekanntmachung eines Strafbescheids anbelangt, so ist nach Obigem der Strafsenat der Anschauung des Beschwerdeführers überhaupt nicht, derjenigen der Strafkammer zum Teil nicht beigetreten. Bei der Billigung der Annahme der Strafkammer, daß die Strafbescheide im August 1882 rechtswirksam in die Hände der Beschwerdeführer gelangt seien, ist als ein wesentliches Moment von dem Strafsenat betont, daß die Beschwerdeführer die Behändigung an sie als eine von der zuständigen Behörde veranlaßte und die behändigte Zusendung als eine für sie bestimmte erkannt haben. Die Beschwerde und die Entscheidung der Strafkammer haben für die Frage der Zustellung in dem Verfahren der Verwaltungsbehörden die Bestimmungen der jeweiligen Postordnung und die in ihr vorbehaltenen besonderen Bestimmungen (zu vergl. Bek.-mach. des K. W. Minist. d. auswärt. Angeleg. vom 20. Febr. 1880 über

Auch die weiteren Ausführungen der Beschwerde sind nicht zutreffend; sie betreffen nicht die allein hier in Betracht kommende

---

die Nachsendung von Briefen ꝛc. — St.Anz. Numm. 45 u. W. Ger.Bl. XVII, 130 —; Verf. des K. Just.Min. vom 24. Febr. 1880, St.Anz. Numm. 50 u. Ger.Bl. Bd. XVII, 129. —) nicht in Betracht gezogen. Dagegen hat der Strafsenat in seiner Entscheidung ausgesprochen, daß sie Anwendung finden, und von derselben Anschauung geht zweifellos auch die Anweisung des K. Steuerkollegiums vom 17. Sept. 1879 (zu Vollziehung des Gesetzes vom 25. Aug. 1879, amtl. Sammlung der Württ. Staatssteuergesetze von 1883, S. 575 ff.) in § 13 vergl. mit § 20 aus. Es wird in dieser Anweisung auf §§ 14 u. 43 der Verfügung des K. W. Ministeriums der auswärt. Angelegenheiten vom 12. Januar 1874, betr. die reglementarischen und Tarifbestimmungen für den Postverkehr im Inland (R.B. S. 7 ff.), und auf die Bekanntmachung der K. W. Postdirektion vom 13. September 1879, betr. die Abänderung der Postordnung vom 31. Dez. 1874 (Staatsanz. v. 18. Sept. 1879, Numm. 218) hingewiesen. Nun ist allerdings die Ministerialverfügung vom 12 Jan. 1874 schon durch die (frühere) W. Postordnung vom 31. Dez. 1874 (welche selbst inzwischen wieder durch die W. Postordnung vom 14. März 1881, § 88, aufgehoben wurde — R.B. v. 1881 S. 93 —) für die Zeit vom 1. Jan. 1875 an aufgehoben worden (R.B. v. 1875 S. 1 vor § 1 und S. 72 § 88) Dies ist indes unerheblich; die einschlägigen Bestimmungen der Min.Verf. vom 12 Jan. 1874 und der Postordnung vom 31. Dez. 1874 decken sich, und es ist die in der Anweisung des Steuerkollegiums in Bezug genommene Bekanntm. der Postdir. v. 13. Sept. 1879, bezw. die damit übereinstimmende Verfügung des K. W. Ministeriums der auswärt. Angeleg. vom 14. Sept. 1879 (R.B. S. 362) gleichlautend mit den §§ 14 und 42 der nun (seit 1. April 1881) gültigen Postordn. vom 14. März 1881, mit der einen Ausnahme, daß von den in § 42 der letzteren enthaltenen Allegaten der C.P.O das des § 174 dort fehlt. Dabei mag noch bemerkt werden, daß die in Betracht kommenden Bestimmungen der W. Post-O. vom 14. März 1881 § 14 Numm. I, und § 42, Numm. I u. II, sich an die der deutsch. Postord. v. 8. März 1879 § 22, Numm. I, u. § 35, Numm. I u. II (beide in der Fassung nach der Bekanntm. des R.Kanzl. vom 24. Aug. 1879, zu vgl. Gaupp, die Gesetzgebung d. deutsch. Reichs Bd. II S. 498, Not. 1, a, Seite 516 und 524) anschließen. — Was aber die Frage anbelangt, ob in dem Verfahren der Verwaltungsbehörden die Einhaltung von Förmlichkeiten für den Akt einer Behändigung wesentlich sei, so hat sie der Strafsenat in seiner Entscheidung verneint, indem er (unter der hervorgehobenen wesentlichen Voraussetzung) den

Frage, ob die formalen Voraussetzungen vorliegen, unter welchen eine Person, welche von einem Strafbescheid betroffen ist, gegen denselben auf gerichtliche Entscheidung antragen kann. Die Rüge namentlich, daß in dem Strafbescheide die Benennung der Erben fehle, enthält im Hinblick auf den Inhalt des gestellten Antrags eine sachlich unerhebliche Bemängelung, und im übrigen bezieht sich das Gesagte nur auf die für die gegenwärtig zutreffende Entscheidung überhaupt bedeutungslose Frage, ob sich der ergangene Strafbescheid rechtfertigen lasse.

II.

Kleinere Mitteilungen aus der Praxis.

Von

Landgerichtsdirektor Dr. v. Lang in Rottweil.

I. Die Haftung des falsus procurator.

Am 16. August 1886 besuchte A. M., der 27jährige Sohn und Handlungsgehilfe seines Vaters, des Kaufmanns J. B. M. zu Sp., den Kläger J. H., Lederhändler zu T., und bestellte mehrfache Schuhmacherartikel, wobei er sich als von seinem Vater zum Abschlusse des Geschäfts ermächtigt gerierte. — J. H. übersandte die Waren mit Faktura dem Vater J. B. M., dieser aber bestritt schriftlich, daß er solche Artikel bestellt habe, worauf der Kläger J. H. gegen ihn bei der Civilkammer des k. Landgerichts zu R. Klage auf Annahme der Ware und Zahlung des Betrags von 721 M. 94 Pf. erhob. In diesem Rechtsstreit wurde, nachdem der Beklagte auch hier bestritten hatte, seinem Sohn Auftrag gegeben zu haben, daß er die

---

Beweis der „Thatsache, daß das Schriftstück in die Hände dessen gelangt, „welchem eröffnet werden soll", genügen läßt. — Außer dem in der Entscheidung des Strafsenats erwähnten Bericht der Justizkommission der II. Kammer zu Art. 13, Abs. 2 des Entwurfs des Gesetzes v. 25. August 1879 (Entw. Art 13 gleichlautend mit Gesetz Art. 14) ergeben die Materialien des Gesetzes (Motive u. Kammerverhandlungen, bei welch' letztern eine Debatte nicht stattfand) nichts für die Auslegung. A. d. E.

Waren für ihn beſtelle, der Kläger zum Beweiſe dieſer ſeiner beſtrittenen Behauptung durch das Zeugnis des Sohnes A. M. zugelaſſen und es gab dieſer bei ſeiner Vernehmung als Zeuge unter anderem folgendes an: „Ich habe bei dem ganzen Han„del mit dem Kläger kein Wort davon geſprochen, daß ich „nicht für das Geſchäft meines Vaters, ſondern für mich per„ſönlich kaufe, und ich kann nicht beſtreiten, daß der Kläger „annehmen mußte und annahm, ich handle für meinen Vater. „Ich bin in keiner Weiſe berechtigt, ohne beſonderen Auftrag „meines Vaters für denſelben zu handeln. Ich bin weder als „Teilhaber noch als Vertreter des Geſchäfts im Handelsregiſter „eingetragen, ich machte das Geſchäft eben in der Hoffnung, „mein Vater werde es genehmigen oder der Kaufmann Schm. „in Sp., ein Verwandter von mir, mein Abnehmer ſein.“ — Auf Grund des geſamten Beweismaterials nahm die Civilkammer als erwieſen an, daß der Bekl. J. B. M. ſeinem Sohn den Auftrag zum Ankaufe der Waren gegeben habe, und verurteilte denſelben dem Antrage gemäß; auf erhobene Berufung wurde aber durch Urteil des I. Civilſenats des k. Oberlandesgerichts zu Stuttgart vom 17. Juni 1887 abändernd dem Beklagten J. B. M. ein Eid dahin auferlegt, „es ſei nicht wahr, „daß er ſeinen Sohn A. M. vor deſſen am 16. Aug. 1886 „erfolgter Abreiſe nach T. ermächtigt habe, dort Schuhmacher„artikel zu kaufen“, — und nachdem Beklagter dieſen Eid geleiſtet hatte, der Kläger mit ſeiner Klage abgewieſen und in alle Koſten verurteilt.

Nachdem nun inzwiſchen der Sohn A. M. ein eignes Geſchäft gegründet und geheiratet hatte, und von dem Kläger nunmehr die genannten Waren gegen Zahlung des Preiſes übernommen hatte, erhob der Kläger am 16. Januar 1888 bei dem k. Amtsgericht Sp. Klage gegen den Sohn A. M. auf Erſatz von 286 M. 95 Pf. Prozeßkoſten, welche er infolge des oben genannten Urteils zweiter Inſtanz dem (früheren) Beklagten J. B. M. hatte erſetzen müſſen, unter Vorbehalt weiterer Erſatzanſprüche, und begründete dieſe Klage damit, daß Beklagter ihn über den angeblich erhaltenen Auftrag getäuſcht

habe, wodurch der Kläger dieſen Schaden erlitten habe. — Der Beklagte beſtritt die Forderung als thatſächlich und rechtlich unbegründet, ohne die Einrede der Unzuſtändigkeit zu erheben, (er ſagte nur, es ſei unbegreiflich, daß Kläger nicht den Erſatz aller Koſten des Vorprozeſſes verlange, ſondern nur einen Teil herausnehme.) Das k. Amtsgericht wies die Klage ab, da Kläger unter Anwendung gehöriger Sorgfalt die Erhebung der unbegründeten Klage und damit dieſe Koſten hätte vermeiden können; auf erhobene Berufung wurde jedoch durch Urteil der Civilkammer des k. Landgerichts zu R. vom 5. Dez. 1888 abändernd erkannt und Beklagter zur Zahlung der 286 M. 95 Pf., ſowie in die Prozeßkoſten verurteilt.

Nun erhob J. H. bei demſelben k. Amtsgericht gegen A. M. aus demſelben Grunde Klage auf Zahlung von weiteren 300 M. eigner Koſten im Prozeſſe gegen J. B. M., indem er ſich auch hiebei noch den Erſatz weiterer Koſten anzuſprechen vorbehielt. Beklagter bat um Abweiſung der Klage und erhob Widerklage dahin, „es ſolle feſtgeſtellt werden, daß der „Beklagte nicht nur das, was der Kläger in der Vorklage ver„lange, ſondern auch das, was derſelbe ſich vorbehalten habe, „nicht, — und überhaupt aus dem kritiſchen Verhältniſſe nichts „dem Kläger ſchuldig ſei.“ Dabei wurde beantragt, da der Streitwert der Widerklage 479 M. 9 Pf. betrage, (ſofern der Kläger außergerichtlich dieſen Betrag vom Beklagten A. M. verlangt habe), wolle das Amtsgericht ſeine Unzuſtändigkeit ausſprechen und den Rechtsſtreit vor das Landgericht verweiſen; es ſprach auch das k. Amtsgericht durch Urteil vom 15. Mai 1887 ſeine Unzuſtändigkeit aus und verwies den Rechtsſtreit an das k. Landgericht.

Nach Eintritt der Rechtskraft dieſes Urteils ſtellte im Verhandlungstermin vor der Civilkammer des L.G. in R. der klägeriſche Vertreter den Antrag, den Bekl. A. M. zur Bezahlung von 490 M. 99 Pf. zu verurteilen; die Parteien vereinbarten ſich jedoch dann dahin, daß zunächſt nur über den Grund des Anſpruchs und nicht auch über den gleichfalls ſtreitigen Betrag verhandelt werde. Die Civilkammer des k. Landgerichts er-

kannte am 31. Okt. 1889: „Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger die diesem durch die Prozeßführung gegen J. B. M. in Sp., Vertragserfüllung betreffend, in erster Instanz bei dem k. Landgericht R., und in zweiter Instanz bei dem k. Oberlandesgericht erwachsenen Prozeßkosten zu ersetzen mit Ausnahme derjenigen Kosten, über welche bereits durch rechtskräftiges Urteil der C.K. vom 5. Dezemb. 1888 entschieden ist. — Bekl. ist schuldig, die sämtlichen Kosten des gegenwärtigen Rechtsstreits, sowie die Gerichtsgebühr zu tragen." — Hiegegen wurde Berufung an das k. Oberlandesgericht erhoben und zur Begründung hauptsächlich hervorgehoben, Kläger habe von A. M. nur entweder Erfüllung oder Schadensersatz verlangen können und habe das Erstere gewählt, daher er nicht auch noch Schadensersatz verlangen könne; auch hätte er den Rechtsstreit gegen J. B. M. gar nicht führen oder wenigstens vom Beweiseinzug an gar nicht fortführen sollen. — Die erhobene Berufung wurde jedoch durch Urteil des I. Civ.Senats des k. Oberlandesgerichts vom 31. Januar 1890 verworfen [1]).

Im Anschlusse hieran erlaube ich mir, die praktisch sehr wichtige Frage, gegen welchen von beiden, den angeblichen Mandanten oder den Prokurator, dann, wenn der Erstere den Auftrag gegeben zu haben bestreitet, *zuerst* zu klagen *rätlich* ist, noch näher zu erörtern.

Es steht nun einmal *das* fest, daß in einem solchen Falle der Mitkontrahent des Prokurators ein Recht auf Erfüllung des Vertrags hat, und daß der eine oder der andere von beiden ihm verpflichtet ist; er ist befugt, zu verlangen, daß entweder der Mandant den Vertrag erfülle, oder daß, wenn derselbe in Wirklichkeit keinen Auftrag gegeben haben sollte, der falsus procurator ihm das Interesse ersetze, was in den meisten Fällen darin bestehen wird, daß eben dann der falsus procurator selbst den Vertrag erfülle, — und dieses Resultat läßt sich mit Sicherheit nur dann erreichen, wenn der dritte zunächst

1) Die Entscheidungsgründe sind abgedruckt in Jahrbücher f. W. R.Pfl. Bd. IV, 55 ff.

gegen den angeblichen Mandanten klagt, und zwar aus folgenden Gründen.

Wenn nämlich der Mitkontrahent zuerst gegen den falsus procurator klagt, so übernimmt er hiedurch jedenfalls die Beweislast [1]), und wenn er abgewiesen wird, weil er den Beweis des Mangels der Vollmacht nicht erbringen konnte, und nun gegen den angeblichen Mandanten klagt, so bildet die Entscheidung in dem ersteren Prozesse keine Rechtskraft gegen den „Mandanten" im zweiten Prozesse, und so müßte der Kläger abermals die Beweislast übernehmen. — Auch kann man nicht sagen, daß er jedenfalls einen von beiden Prozessen gewinnen müsse, denn es kann ja wohl sein, daß ein Mißverständnis obwaltete, daß der angebliche Prokurator glaubte, einen Auftrag erhalten zu haben, der angebliche Mandant aber der Ueberzeugung war, daß er einen solchen Auftrag nicht gegeben, den Vorschlag dazu verworfen habe, sodaß also z. B. Beide in den beiden Prozessen nach einander die ihnen zugeschobenen Eide in gutem Glauben schwören würden. — In diesem Falle würde also der Mitkontrahent beide Prozesse verlieren, weder Erfüllung noch Interesse erhalten, während er doch Anspruch auf eines von beiden hat, und während doch ein solches Mißverständnis nicht ihn treffen sollte, sondern denjenigen, welcher ohne bestimmte Gewißheit über den erhaltenen Auftrag sich für den Stellvertreter eines andern ausgab und als solcher mit einem Dritten einen Vertrag abschloß [2]).

---

1) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts XXIII, 158.

2) Vgl. Windscheid § 74, Note 8 am Ende. — Ja selbst auch dann, wenn der Mitkontrahent nach gegenüber dem angeblichen falsus procurator verlorenen Prozesse den gegen den Mandanten gewinnt, ist es nicht einmal sicher, ob er von demselben auch noch Ersatz der Kosten des ersteren Prozesses erlangen kann, da derselbe nach Lage der Sache ein überflüssiger gewesen war. — Allein man wird doch sagen können, daß der Mandant dies nicht ohne dolus behaupten könnte, daß er sich gefallen lassen muß, wenn der Mitkontrahent ihm mehr glaubt, als dem Prokurator, im Vertrauen auf sein Wort gegen letzteren klagt, und daß, wenn es sich nun zeigt, der Mandant habe das Mandat böswilligerweise abgeleugnet, er den hiedurch entstandenen Schaden zu ersetzen habe.

Ganz anders ist es aber, wenn der Mitkontrahent zuerst gegen den Mandanten klagt, wobei er allerdings die Beweislast hat. Hier ist er berechtigt, zu erwarten, daß der angebliche Prokurator ihm beistehe, zur Beweisführung gegen den Mandanten helfe [1]) und ist ferner wegen des eventuellen Anspruchs auf Haftung für das Interesse berechtigt, ihm den Streit zu verkündigen [2]), daher der Prokurator dann, mag er sich bei dem Prozesse als Nebenintervenient beteiligt haben oder nicht, den Ausgang des Prozesses gegen sich gelten lassen muß [3]). Hier also ist der Kläger sicher, daß er entweder schon gegenüber den Mandanten obsiege, oder daß, wenn er gegenüber dem angeblichen Mandanten unterliegt, der falsus procurator ihm das Interesse und darunter namentlich auch die Kosten des Prozesses gegen den Mandanten, welche ersterer durch seine Täuschung verschuldet hat, zu ersetzen habe.

II. Teilung von Klagen.

Es kommt in neuerer Zeit, namentlich seit verschiedene Anwälte bloß um Zulassung bei Amtsgerichten nachgesucht und solche erhalten haben, nicht selten vor (vgl. z. B. den vorigen Fall), daß Klagen geteilt werden, daß bloß ein Teil eines an sich über 300 M. betragenden Anspruchs geltend gemacht, und die Klage beim Amtsgericht erhoben wird, und es dürfte von Interesse sein, die sich hiebei ergebenden Fragen näher zu erörtern.

I. Es kann dies möglicherweise in einer nicht zu verwerfenden Absicht geschehen, wenn nämlich der Kläger bloß eine Entscheidung des Gerichts mit möglichst wenig Kosten zu haben wünscht, um, falls dieselbe, namentlich in zwei Instanzen gegen ihn ausfällt, sich hiebei zu beruhigen, und wenn insbesondere der Gegner hiemit einverstanden ist [4]). Es können aber auch

1) Vgl. Wächter, W. Pr.R. II, S. 685, Seufferts Archiv, VIII, S. 353 ff. XXXIII, Nro. 252.

2) Civ.Pr.O. § 69, Seufferts Archiv, XLI, 268 a. E.

3) Civ.Pr.O. § 65.

4) Busch, Zeitschr. VIII, S. 280 ff. Daß aber der Beklagte, wenn

andere Absichten des Klägers zugrunde liegen, nämlich die, sich hiedurch ihm nicht gebührende Vorteile zu sichern, wodurch dann dem Beklagten die entsprechenden und noch weitere Nachteile zugehen, die er sich nicht gefallen zu lassen braucht. — Denn

1) ist es eine große Belästigung für den Beklagten, wenn er, statt einmal den Prozeß über das Ganze führen zu müssen, zwei oder mehreremale wegen derselben Sache mit Klagen behelligt wird, und den Prozeß immer wieder bis in die zweite Instanz führen muß [1]), auch kann hiedurch der Prozeß verwickelter und schwieriger werden (z. B. wenn der Kläger Einreden der Zahlung oder Kompensation oder Stundung bestreitet, und eventuell auf die vorbehaltene Mehrforderung verrechnen will).

2) Die Kosten, und zwar sowohl die Gerichts-, als die Anwaltsgebühren, werden größer, wenn zwei oder mehrere Prozesse geführt werden, als dies in nur einem Rechtsstreit der Fall wäre [2]).

3) Der Grund, warum für Prozesse von größerem Belang kollegialisch besetzte Gerichte erster Instanz (Landgerichte) errichtet worden sind, besteht darin, daß die nur mit Einzelrichtern besetzten Amtsgerichte keine so sichere Gewähr für richtige Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten bieten, als erstere. Deshalb aber hat, wenn es auch für den Kläger bequemer sein mag, daß er zu dem Prozesse keinen Anwalt oder nur einen nicht bei dem Landgericht zugelassenen braucht, auch der Beklagte Anspruch darauf, daß ihm diese Garantie für eine bessere Rechtspflege nicht dadurch entzogen werde, daß der Kläger den Anspruch teilt und mehrmals bei dem Amtsgericht einklagt [3]). Insbesondere aber könnte der Kläger auch dadurch

er mit einem solchen probeweisen Klagen nicht einverstanden war, sich dies nicht gefallen zu lassen brauchte, erkannte schon das altrömische Recht an, indem es ihm für diesen Fall die exceptiones litis residuae und litis dividuae gab (Gaj. IV, 122), s. Jhering, Geist des Röm Rechts. 4. A. IV, 263.

1) Busch XII, S. 338.

2) Busch, Das. S. 336.

3) Busch, Das. S. 337 und die hier Angeführten.

einen Vorteil für sich, und Nachteil für den Beklagten herbeiführen, daß er, wenn er weiß, in bestimmten Rechtsfragen habe das Landgericht konstant eine bestimmte Ansicht oder pflege in bestimmten Fällen Beweise bestimmter Art für genügend oder umgekehrt nicht für hinreichend anzunehmen, und dies ihm günstig ist, während er nicht weiß, wie die Sache beim Oberlandesgericht beurteilt werden würde, die Klagen nach einander bei dem Amtsgericht erhebt, und so der Beklagte um die Instanz des Oberlandesgerichts gebracht wird [1]).

4) Wenn der Kläger ein Urteil auf Zahlung von 300 M. oder weniger erwirkt hat, so kann er, ohne Sicherheit leisten, oder ohne einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachteil glaubhaft machen zu müssen, ohne weiteres sofortige Vollstreckbarkeit verlangen, und der Beklagte kann dies nur dadurch abwenden, daß er die schwierigere Aufgabe hat, einen nicht zu ersetzenden Nachteil glaubhaft machen zu müssen [2]), und es ist klar, daß hiedurch gegenüber dem Urteil eines Landgerichts über mehr als 300 M. die Lage des Beklagten ganz bedeutend verschlimmert wird [3]).

5) Es ist auch schon mit Grund darauf hingewiesen worden, daß das öffentliche Interesse die Zulässigkeit einer solchen Vervielfältigung der Prozesse und die Möglichkeit widerstreitender Urteile in derselben Sache (z. B. bei Wechsel des Richterpersonals oder Erhebung der späteren Klage bei einem anderen Gerichtsstand), wodurch das Ansehen der Rechtspflege notwendig sinken würde, entschieden verbietet [4]).

---

1) Auch wenn der Kläger einen Streitwert von über 1500 M. teilt, und nur weniger beim Landgericht einklagt, könnte er dies in der Absicht thun, dem Beklagten die dritte (Revisions-)Instanz bei dem Reichsgericht zu entziehen, Busch, Das. S. 337.

2) Civ.Pr O. § 650—51, und Busch IV, S. 274—76.

3) Busch, XII, S. 338—39.

4) Das. S. 339. Vgl. auch Busch VIII, S. 269—71.

Es ist auch schon geltend gemacht worden, daß in einem solchen Falle der Beklagte eine doppelte Verurteilung in das, was der Richter nur einmal als Schuld desselben annimmt, erleiden könnte, (Beispiel, daß der Richter bei einer Gesamtforderung von 300 M. und Teilansprüchen von

II. Daß aus diesen Gründen eine solche Teilung wider den Willen des Beklagten unstatthaft sei, darüber herrscht nunmehr auch allgemeine Uebereinstimmung, und ist nur das bestritten, welche Rechtsverteidigung dem Beklagten hiegegen zustehe. Ein Teil der Rechtslehrer gibt ihm die Einrede der Unzuständigkeit des Amtsgerichts [1]), während Andere ihn auf die Möglichkeit, eine negative Feststellungsklage, (daß er nicht nur das Geforderte nicht schuldig sei, sondern daß er auch den vorbehaltenen Rest nicht schulde) als Widerklage anzustellen, wodurch das Amtsgericht unzuständig, und die Civilkammer des k. Landgerichts zuständig werde, verweisen [2]).

Die Verteidiger der ersteren Ansicht berufen sich hauptsächlich darauf, daß einmal durch die Verurteilung in einen Teilbetrag aus dem Grunde, weil laut den Entscheidungsgründen der Richter die ganze Forderung für erwiesen annahm, Rechtskraft nicht bloß für den Teilanspruch, sondern für den ganzen Anspruch des Klägers erwachse [3]), oder daß wenigstens das Ganze rechtshängig werde, und der Inzident-Widerklage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstehe [4]); ferner wird geltend gemacht, daß durch diese Verweisung auf die negative Feststellungsklage der Beklagte in eine nachteiligere Lage komme, weil dann er die Beweislast habe [5]).

---

je 300 M. nur 200 M. im Ganzen als begründet erachten, und so zweimal auf Zahlung von je 300 M. erkennen würde, siehe Busch XII S. 338 und das. II, S. 272 ff.). Allein ich halte dies für unmöglich da der Richter eben im zweiten Prozesse erkennen müßte, der Kläger habe so viel, als er überhaupt zu fordern habe, schon im ersten Prozesse zugesprochen erhalten, die Mehrforderung sei unbegründet, und er sei also mit dieser zweiten Klage ganz abzuweisen.

1) Wallmoden, Busch's Zeitschr. VII, S. 351; Zitelmann in Busch's Zeitschrift VIII, S. 276—84; Jmmler, das. XI, S. 322—23, Muskat, daselbst XII, S. 335 ff.

2) Wilmowski-Levy, Komm. zur Civ.Pr.O. 4. Aufl. S. 1135 oben, Wach, Handbuch des Civilprozesses I, S. 372—73, Seuffert's Archiv XXXIX, 150.

3) Busch, XI, S. 319 ff., XII, S. 340 ff.

4) Busch VIII, S. 272 ff., 279 ff., XII, S. 341—42.

5) Busch XII, S. 339 ff.

Wäre nun auch nur einer dieser Gründe zutreffend, so müßte man allerdings dem Beklagten die Einrede der Unzuständigkeit des Amtsgerichts zugestehen — denn was den ersten Punkt betrifft, so wäre dann, wenn das Urteil eine größere Tragweite hätte, als sein Wortlaut besagt, also trotzdem, daß es z. B. nur auf Zahlung von 200 M. lautet, doch Rechtskraft dahin einträte, daß Beklagter dem Kläger 1000 M. schulde, durch Erhebung der Klage allerdings der ganze Anspruch rechtshängig, und die Einrede, daß das Amtsgericht nicht zuständig sei, begründet. — Was aber das Zweite betrifft, so ist nur dann, wenn auf eine negative Feststellungs-(Wider-) Klage hin der (Wider-) Beklagte die Beweislast hat, der ganze Anspruch des (Vor-)Klägers rechtshängig und wird endgültig entweder zu seinen Gunsten (und gegen den Beklagten) oder zu seinem Nachteil entschieden. Hätte aber der negative Feststellungs-Widerkläger die Beweislast, so würden sich beide Klagen nicht decken, die Vorklage auf Zahlung und die Widerklage auf Feststellung der Nichtschuld (des Vorbehaltenen) sind nicht gleichartig, führen nicht notwendig zu gleichmäßiger Entscheidung. Denn es ist möglich, daß beide Klagen abgewiesen werden [1]); es ist dann, wenn der Widerkläger mangelnden Beweises halber abgewiesen wird, nicht umgekehrt erwiesen, daß er die betr. Summe schuldig sei, sondern es ist dies ein non liquet. Der Kläger könnte den Mehrbetrag doch noch mit einer späteren weiteren Klage verlangen, ohne daß ihm die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten werden könnte (denn er wurde ja nicht abgewiesen); auch die Einrede der Rechtshängigkeit würde nicht zutreffen, da jedenfalls nach Erledigung des Rechtsstreits die Rechtshängigkeit erloschen ist, und es sich also nur noch um die Rechtskraft handeln könnte [2]). Und da nun also in diesem Falle der Beklagte auch durch die Anstellung der negativen Inzidentwiderklage seinen Zweck, den ganzen Anspruch des Klägers sofort

1) Entsch. des Reichsgerichts IX, S. 342—43.
2) Busch VIII, S. 275—76.

zur endgültigen Entscheidung zu bringen, nicht sicher erreichen würde, so müßte man ihm allerdings auch hier die Einrede der Unzuständigkeit des Amtsgerichts als exceptio doli zulassen.

III. Indessen sind diese beiden Verteidigungsgründe für die Zulassung der Einrede der Unzuständigkeit nicht begründet.

Denn was das Erstere betrifft, so kann darauf hingewiesen werden, daß nach der übereinstimmenden Ansicht der Mehrheit der Rechtslehrer und der Praxis auf Grund der Motive und der Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren gerade die Rechtskraft der Entscheidungsgründe nach früherer Theorie und Praxis, das Hinausgehen der Rechtskraft über den Wortlaut des Urteils, über das, was entschieden werden sollte und wollte, beseitigt, und die Rechtskraft des Urteils auf das, was es ausspricht, beschränkt werden sollte [1]).

Bezüglich des zweiten Grundes aber fehlt es nicht an solchen, welche den Feststellungskläger, (hier Widerkläger) für beweispflichtig erklären [2]), allein mit Unrecht. Diese negative Feststellungsklage sollte die Provocatio ex lege diffamari ersetzen, um die Notwendigkeit der Führung zweier Prozesse zu vermeiden, und gerade dies führt notwendig zur Beweislast des Beklagten, (hier Widerbeklagten). Nach früherem Recht hatte der im Provokationsprozeß zur Anstellung der Klage binnen einer bestimmten Frist (bei Vermeidung des Ausschlusses mit seinem Anspruche) Verurteilte dann, wenn er die Klage wirklich erhob, die Beweislast; wurde er abgewiesen, so war ihm der Anspruch, dessen er sich zum Nachteile des Gegners berühmt hatte, rechtskräftig abgesprochen, der Gegner der Nach-

---

1) Entscheidungen des Reichsgerichts VII, 354, XI, 384, XVI, S. 356 ff.; Seufferts Archiv, XXXVIII, 181, 186, XXXIX, 37, 150, XL, 66 und die bei diesen Angeführten. Ein näheres Eingehen auf diese Frage, insbesondere über die Unhaltbarkeit der Unterscheidung zwischen verurteilenden und abweisenden Urteilen würde die Grenze dieses Aufsatzes überschreiten.

2) Vgl. z. B. Gaupp, Comm. 1. Aufl. II. S. 15—16, zweite Aufl. I, S. 452—53.

teile der Berühmung enthoben und die Sache erledigt. Würde man aber jetzt den negativen Feststellungskläger für beweispflichtig erklären, so könnte es, wie schon oben ausgeführt wurde, kommen, daß er wegen mangelnden Beweises der Nichtschuld mit seiner Klage abgewiesen würde, der Gegner aber sich darauf beschränkt hätte, die Klage einfach zu bestreiten, ohne seinerseits positive Widerklage auf Leistung anzustellen oder doch Beweis anzutreten; dann läge nach wie vor dasselbe non liquet vor, der Feststellungsbeklagte wäre mit seinem (in der Klage bekämpften) Anspruch weder abgewiesen, noch derselbe ihm zuerkannt, so könnte er immerhin noch zuwarten, bis es ihm gefällig wäre, den Feststellungskläger seinerseits auf Leistung zu belangen, und die Nachteile der Berühmung (siehe Gaupp a. a. O. S. 451—52) würden fortdauern. Es ist also der Zweck des Gesetzes nur dadurch zu erreichen, daß es bei der Beweislast des früheren Rechts verbleibt, daß nach Degenkolbs treffendem Ausspruch an die Stelle der formellen provocatio ad agendum der materielle Zwang ad probandum gesetzt wird [1]). Das Argument endlich, daß der Inzidentwiderklage die Einrede der rechtshängigen Sache entgegenstehe, steht und fällt sodann mit der unrichtigen Grundlage, daß schon durch die Teilklage der ganze Anspruch rechtshängig werde (siehe oben).

IV. Hiernach ist in einem solchen Falle zwar die Einrede der Unzuständigkeit des Amtsgerichts nicht begründet, wohl aber die negative Feststellungsklage gerechtfertigt, wodurch dann der Kläger gezwungen wird, den ganzen Anspruch zu beweisen und in diesem Prozesse zur Entscheidung zu bringen, immerhin aber wird es sehr rätlich sein, daß die beklagte Partei beide Rechtsverteidigungen kumuliere, und in erster Linie die Einrede der Unzuständigkeit, eventuell aber diese Widerklage erhebe.

---

1) Degenkolb, Urteilsnorm u. Einlassungszwang S. 223; Busch, VIII, S. 378 ff.; Wilmowski-Levy I, S. 330; Entscheidungen des Reichsgerichts IX, S. 337 ff. und die hier weiter Angeführten, Seufferts Archiv, XXXVIII, 297. — Auch in diesem Punkte muß ich ein näheres Eingehen auf denselben unterlassen.

V. Von einzelnen Rechtslehrern, welche dem Beklagten in einem solchen Falle die Einrede der Unzuständigkeit geben, wird weiter gesagt, daß, wenn der Kläger besondere Gründe habe, nur diesen Teil einzuklagen, (z. B. weil nur dieser fällig ist), dieser Teilanspruch also individualisiert sei, die Gründe für die Einrede der Unzuständigkeit nicht zutreffen [1]). Indessen könnte doch wohl dem Beklagten, wenn er Grund zu der Annahme zu haben glaubt, daß diese Unterscheidung nur fingiert sei, der Kläger solche Behauptungen einer Differenz in den rechtlichen Verhältnissen seines Anspruchs nur aufgestellt habe, um geteilt klagen zu können, oder wenn schon die Klaganstellung mit Vorbehalt späterer Mehrforderung eine dem Beklagten nachteilige Berühmung enthielt, und also eine Feststellung, daß er überhaupt nichts schulde, von Interesse für ihn ist, nicht verwehrt werden, auch in einem solchen Falle die negative Feststellungsklage als Inzidentwiderklage anzustellen [2]).

III. Beitrag zur Lehre von der Verwendungsklage (actio de in rem verso).

Die Lehre von der Verwendungsklage, (Actio de in rem verso) in ihrer Ausdehnung auf Fälle, in welchen der Mittelsmann kein der Gewalt (eines Hausvaters) Unterworfener, sondern ein Gewaltfreier ist, wird in den Lehrbüchern des Pandektenrechts gewöhnlich ziemlich kurz behandelt, ist aber doch praktischer, als man gewöhnlich glaubt und sind in der Civilkammer zu R. in neuerer Zeit einige Fälle vorgekommen. — Ihre Voraussetzungen und Bedingungen sind folgende: Wenn nämlich

1) ein Vertrag (Darlehen, Kauf ꝛc.) zwischen zwei Personen abgeschlossen und nichts davon erwähnt wird, daß der Eine von beiden, namentlich der Erwerber einer Sache, (z. B. Darlehensnehmer, Käufer) den Vertrag nicht für sich schließen, die Sache nicht für sich erwerben wolle, so daß also ein Ver-

1) Busch VIII, 357 ff., XII, 342.
2) Busch VIII, S. 282—84.

trag und eine vertragsmäßige Verpflichtung nur zwischen ihnen zu Stande kommt und besteht, — jedoch

2) der Erwerber in Wirklichkeit nicht für sich, sondern für einen Dritten handeln will, verdeckter Mittelsmann ist, (sei es daß er Beauftragter [Mandatar] war, sei es daß er als unbeauftragter Geschäftsführer [negot. gestor] handelte), aber

3) nicht so, daß er das Geschäft zunächst für sich selbst schließen und dann erst die betreffende Sache durch einen weiteren ernstlichen Vertrag in das Eigentum des Geschäftsherrn kommen lassen wollte, sondern die Absicht hatte, das Eigentum der Sache sofort direkt für den Geschäftsherrn zu erwerben, so daß

4) der Geschäftsherr dem Mittelsmann gegenüber (abgesehen von den aus dem Mandat oder der unbeauftragten Geschäftsführung folgenden Verpflichtungen) nicht vertragsmäßig verpflichtet ist und die Sache also dann, wenn er den Verwendungskläger nicht bezahlt und der Mittelsmann nicht zahlen kann, umsonst behalten dürfte — so hat der Mitkontrahent des verdeckten Mittelsmanns gegen den Geschäftsherrn eine Klage auf Zahlung dessen, um was der Geschäftsherr bereichert ist [1]).

Diese Klage wurde in früherer Theorie und Praxis weit über ihren berechtigten Umfang, namentlich auch auf Fälle der mittelbaren oder bloß zufälligen Bereicherung ausgedehnt [2]), wogegen andere sie auch wieder zu sehr einschränken wollen [3]).

---

1) l. 7 § 1 Cod. quod cum eo (IV, 26) vgl. mit l. 3 § 2 D. h. t. (XV, 3) Windscheid § 483; Dernburg, Pand. II, § 14 und die bei Windscheid § 482* und 483* sowie bei Dernburg, namentlich Note 17 Angeführten.

2) Gegen diese unberechtigte Ausdehnung ist insbesondere Kammerer in Lindes Zeitschr. VIII aufgetreten; sie hat jetzt im gemeinen Recht wohl keinen Vertreter mehr, ist aber z. B. teilweise in das preußische Landrecht übergegangen (vgl. Entsch. des Reichsgerichts I S. 143 ff., 159 ff. Dafür speziell, daß diese Klage nur statthaft ist, wenn in den Angelegenheiten des Bereicherten kontrahiert wurde, nicht in den eigenen des

Eine nähere Erörterung der ganzen Lehre, namentlich in dieſen beiden Beziehungen halte ich nicht für geboten, wohl aber in folgenden Punkten:

I. In § 483 Z. 1, ſagt Windſcheid: „Es muß die Bereicherung dem Bereicherten in einer Weiſe zugegangen ſein, daß er dadurch zum Erſatz an den Abſchließenden verpflichtet wird.“ — Dies könnte nun leicht dahin mißverſtanden werden, daß der Bereicherte dem Abſchließenden vertragsmäßig haften müſſe, die Gegenleiſtung gegen das von dem Dritten (dem Verwendungskläger) Gegebene dem Abſchließenden (dem Mittelsmann) ſchulden müſſe, und dies wäre ganz entſchieden unrichtig, da wenn dies der Fall wäre, er ja an den Mittelsmann, bezw. im Falle ſeiner Inſolvenz an deſſen Gantmaſſe bezahlen müßte und von einer Bereicherung zum Nachteil des Verwendungsklägers, (des dem Mittelsmann gegenüberſtehenden Kontrahenten,) lediglich keine Rede ſein könnte [1]). Allein es

---

Kontrahierenden, vgl. Seufferts Archiv I, 211, zweiter Fall, IV, 221, XVI, 44, XXXIII, 22).

3) Siehe hierüber und hiegegen Windſcheid a. a. O. Note 5a; Dernburg a. a. O. Note 17 und beſonders Ude im Archiv für civ. Praxis L, S. 370 ff.

1) Beim Mandat wird der Mandatar das Eigentum der zu erwerbenden Sache in der Regel nicht für ſich ſelbſt, ſondern ſofort für den Mandanten erwerben wollen und er kann dies auch, ſelbſt wenn er dies dem Mitkontrahenten nicht mitteilt, ſ. mein Sachenrecht I S. 37 (§ 6, Note 12—13 u. Text hiezu,) Entſch. des Reichsgerichts XI S. 128—29 und die hier Angeführten; Jahrbücher für w. Rechtspflege I, 166 ff. Es iſt aber auch das Gegenteil möglich; der Mandatar kann ſogar innerhalb ſeiner Befugniſſe und Pflichten insbeſondere dann, wenn er beim Kauf keine Deckung erhalten hat, die Sache zur Sicherheit für ſich ſelbſt kaufen und der Mandant kann ſich nicht beklagen, ſondern muß ganz zufrieden ſein, wenn der Mandatar ihm die Sache gegen Zahlung desſelben Preiſes ſofort überläßt (vgl. daſelbſt Note 14—15 mit Text dazu, auch S. 254—55 und 287). — Bei der unbeauftragten Geſchäftsführung wird, wenn es ſich darum handelt, daß etwas für den Geſchäftsherrn erworben (Geld entlehnt, eine Sache gekauft) werden ſolle, der letztere Fall häufiger ſein (es weiß z. B. Jemand, daß ſein Nachbar ein Pferd von beſonderer Art und Farbe zu ſeinen übrigen Pferden, ein Stück Vieh von beſonderer

ist auch wohl nicht so gemeint, vielmehr soll nach dem daselbst in Note 2 Ausgeführten nur gesagt sein, der Abschließende (Ge-

---

Rasse zu erwerben wünscht, er sieht nun ein solches auf dem Markte und kauft es, um es dann mit Vorteil wieder an seinen Nachbar zu verkaufen). Doch ist es auch möglich, daß der Geschäftsführer, um sich dem Geschäftsherrn gefällig zu erweisen, oder weil er die Sache für sich selbst gar nicht brauchen kann (z. B. in ein Haus des Geschäftsherrn zu verbauende Bestandteile oder Zugehörungen), dieselbe gleich direkt für den Geschäftsherrn erwerben will und erwirbt. Wenn nun der Geschäftsherr in einem dieser Fälle (Mandat oder Geschäftsführung) die Sache erst von dem Mandatar oder Geschäftsführer gegen entgeltlichen Vertrag erworben und bezahlt hat oder noch zu bezahlen schuldig ist, so ist er, auch wenn der Mittelsmann seinen Mitkontrahenten (den Verwendungskläger) noch nicht bezahlt hätte und zahlungsunfähig wäre, doch nicht zum Schaden des Verwendungsklägers bereichert, da er ja, wenn er diesen befriedigen müßte, doppelt zu zahlen hätte, vgl. Dernburg § 14 a. E.; Entsch. des Reichsgerichts I, S. 150—51, Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts I, S. 85—86; Seufferts Archiv I, 211; Tafel, Civ.Rechtssprüche I, 179—80. Anders ist es dann, wenn der Mitkontrahent des Verwendungsklägers in Wirklichkeit das Geschäft nicht für sich selbst, sondern für den Geschäftsherrn machen, diesem das Eigentum sofort direkt erwerben wollte und erwarb, und es so in dessen Nutzen kam. Ist hier der Mitkontrahent (gegen welchen ja der Verwendungskläger an sich die Klage aus dem Kontrakt anstellen könnte) unvermöglich, so kann der Verwendungskläger gegen den Geschäftsherrn, welcher auf diese Weise Sache oder Geld hätte, ohne eine Gegenleistung an irgend Jemanden bezahlen zu müssen, sich durch die Vorschiebung des unvermöglichen Mittelsmanns auf Kosten des Versionsklägers (Rocholl I S. 92) aufs Unbilligste bereichern würde, mit der actio de in rem verso auf Ersatz der Bereicherung klagen. — Zwar haftet allerdings in den Fällen, in welchen eine solche Bereicherungsklage statthaft ist, der Geschäftsherr dem Mandatar oder Geschäftsführer mit der actio mandati oder neg. gestorum contraria (l. 3, § 2, D. 15, 3, Rocholl I, S. 88—89; Ude S. 373—74) und könnte man also sagen, daß er ja hiedurch auch einem doppelten Anspruch ausgesetzt sei, allein mit Unrecht. Denn wenn der Mandatar oder Geschäftsführer den Dritten noch nicht bezahlt hat, so hat er gegen den Geschäftsherrn nur den Anspruch auf Befreiung von dieser Schuld (Rocholl S. 85—88, Ruhstrat in den Jahrbüchern für Dogm. XV, 286), und wenn auf die Klage des Verwendungsklägers der Geschäftsherr sich auf seine Ersatzpflicht an den Mandatar oder Geschäftsführer berufen wollte, so würde der Kläger mit Recht replizieren, durch Zahlung an ihn werde ja der Mandatar

schäftsführer) dürfe hiebei nicht die Absicht der Schenkung (animus donandi) gehabt haben, sondern müsse als gewöhnlicher Mandatar oder unbeauftragter Geschäftsführer (negotiorum gestor) gehandelt haben [1]), und die Verpflichtung des

---

oder der Geschäftsführer von seiner Schuld an ihn (den Verwendungskläger) befreit, damit aber auch zugleich der Geschäftsherr von seiner Haftung gegenüber dem Mittelsmann entbunden. Es liegt nun allerdings nahe, daß manchmal, um den Dritten nicht bezahlen zu müssen, an seinen insolventen Mitkontrahenten verweisen zu können, ein solches weiteres obligatorisches Geschäft zwischen dem Geschäftsherrn und dem Mandatar oder neg. gestor simuliert würde (vgl. Entsch. des Reichsgerichts I S. 151 u. Rocholl I S. 85—86), und es wird daher im einzelnen Falle zu erwägen sein, ob nach Lage der Sache ein ernstlicher oder nur ein Scheinkauf anzunehmen sei. — In den Fällen, in welchen der Mandatar abweichend vom gewöhnlichen Gang der Dinge aus Vorsicht die Sache selbst für sich kauft, wird auch gewöhnlich zu einer Klage aus der Versio in rem keine Veranlassung sein, (denn der Mandatar hat dann den Verkäufer schon bezahlt oder ist doch solvent), wogegen umgekehrt in den Fällen, welche zu einer Klage aus der Versio gewöhnlich Veranlassung geben (siehe Text III), kein Anlaß vorliegt, das Geschäft durch einen solchen doppelten Kontraktabschluß zu verwickeln und umständlicher zu machen. Wenn der Geschäftsherr einem Bediensteten, der Bauer seinem Knecht oder im Ausding lebenden Vater, der Gutsherr dem Aufseher oder Verwalter den Auftrag zum Abschluß eines Kaufs oder Darlehens gibt, so werden beide die Sache nicht so auffassen, daß der Mittelsmann die Sache für sich kaufe, das Geld für sich entlehne und dann wieder an den Geschäftsherrn verkaufe oder leihe, sondern werden den Dritten als den ansehen, der dem Geschäftsherrn eine Sache verkauft, Geld leiht; würde ohne ersichtlichen Grund eine Abweichung von diesem regelmäßigen Gange behauptet, so müßte der Geschäftsherr den Beweis hiefür erbringen. Auch bei der unbeauftragten Geschäftsführung müßte je nach Lage der Sache das Gleiche gelten.

Es könnte aber auch vorkommen, daß der Geschäftsherr behaupten würde, er habe dem Mandatar oder Geschäftsführer schon Vergütung gegeben, z. B. etwa weil dieser vorgegeben habe, er hätte seinen Mitkontrahenten bezahlt, oder er habe seinem Versprechen, den Letztern bezahlen zu wollen, geglaubt, und eine solche Vergütung würde auch diese Klage ausschließen (vgl. Seuffert, Archiv I, 211 im Eing.); allein für diese Thatsache, woraus eine Tilgung seiner Schuld hergeleitet werden will, müßte er strengen Beweis führen. Vgl. auch Seufferts Archiv, VI, 192.

1) Siehe l. 5, § 3, l. 7, pr., l. 10, § 1—3, D. de in rem verso

Geſchäftsherrn gegenüber dem Mandatar oder Geſchäftsführer ſei eben die gewöhnliche auf Befreiung von der Schuld (denn hat der Letztere den Dritten bezahlt und alſo Erſatzanſpruch, ſo kann es ja zu keiner Klage aus der Versio in rem kommen).

II. Windſcheid verlangt ferner in Uebereinſtimmung mit verſchiedenen Andern, daß der Mittelsmann bei dem Geſchäftsabſchluß ausdrücklich als ſolcher, unter Hinweiſung darauf, daß er nicht für ſich, ſondern für einen Geſchäftsherrn handle, aufgetreten ſei [1]), allein es iſt dies entſchieden unrichtig; es folgt nicht aus den Quellen, iſt vielmehr mit denſelben unvereinbar, und dieſelben Gründe, welche für eine Verpflichtung des Geſchäftsherrn aus der Bereicherung ſprechen, treffen zu, mag er als Geſchäftsherr bezeichnet worden ſein oder nicht [2]).

Windſcheid Note 2. — Auch hier könnte es vorkommen, daß die Behauptung einer Schenkung auf Simulation beruht und würde man in den in der vorigen Note angeführten Fällen nach der dem Richter zuſtehenden freien Beweiswürdigung ſicher annehmen, daß hier von keiner Schenkung die Rede ſei, ſolche vielmehr nur erdichtet ſei.

1) S. Windſcheid zu Note 5, Jhering, Jahrb. f. Dogm. I, 339 ff., Witte, Bereicherungsklagen S. 211; Emminghaus, Pand. des gemeinen ſächſiſchen Rechts S. 309; Seufferts Arch. XLIII, 18.

2) Windſcheid beruft ſich auf l. 1 § 9, D. XIV, 1, allein mit Unrecht. Denn dieſe Stelle handelt eben nur von der actio exercitoria, läßt in einem Falle, wenn der Schiffer das entlehnte Geld unterſchlagen hat, dann, wenn er dem Darleiher erklärt hatte, er borge zur Verwendung auf das Schiff, dem Darleiher dieſe Klage gegen den Schiffsherrn zu, verweigert ſie aber, wenn es an einer ſolchen Erklärung fehlte, — und daraus, daß die actio exercitoria hier für unzuläſſig erklärt wird, folgt noch nicht, daß nicht in dem Falle, wenn ſtatt der Erklärung die Verwendung in den Nutzen vorliegt, eine andere Klage ſtatthaft ſei, und ebenſowenig, daß die Notwendigkeit einer ſolchen Erklärung auch in die andere Klage hineinzutragen ſei. — Es wäre vielmehr nach der Anſicht Windſcheids die Einführung der actio de in rem verso ganz überflüſſig und unerklärlich. Denn wenn es ſich um ein Mandat handelt, der Auftrag wirklich erteilt und vom Mittelsmann beim Vertrag auch ausdrücklich erklärt worden iſt, dieſer ausdrücklich nur als Mandatar gehandelt hat, ſo braucht es ja gegen den Mandanten gar keiner actio de in rem verso, ſondern er haftet dem Dritten mit der Kontraktsklage, mag er

III. Theoretisch kann es oft vorkommen, daß der Mittelsmann das Geschäft schließt, ohne sich als solchen zu nennen,

---

nun einen Vorteil aus dem Geschäft gehabt haben oder nicht (l. 1 § 9 cit., Windscheid I S. 193, Rocholl I S. 88). — Handelt es sich aber um eine unbeauftragte Geschäftsführung, so steht hier die nachträgliche Genehmigung dem Mandat ganz gleich (Windscheid I, 199, Seufferts Archiv XI, 38, Rocholl I S. 93—94), im Behalten aber liegt die Genehmigung (Rocholl a. a. O.), und ich kann mir in der That keinen Fall denken, in welchem der Geschäftsherr wirklich bereichert wäre, die betreffende Sache zurückgeben könnte, aber behält, und doch in diesem Behalten keine Genehmigung läge. Er ist nicht berechtigt, sich den Vorteil aus dem Geschäft anzueignen, das Geschäft aber als ihn nicht verpflichtend zu erklären, Seufferts Archiv XLIII, 18; (bei einem unnötigen oder nach den Verhältnissen zu luxuriösen Verbauen in ein Haus ließe es sich am ehesten denken, daß der Eigentümer die Genehmigung verweigert und doch die Sache nicht zurückgibt, weil er sie nicht zurückgeben kann, allein dann wird eben auch in der Regel keine nützliche Geschäftsführung vorliegen, vgl. z. B. württ. Archiv, XXI, 125—27). Unter diesen Umständen aber wäre es für den, der schon die Mandatsklage oder die Geschäftsführungsklage hat, lediglich überflüssig, ohne Nutzen, ihm noch eine weitere Klage zu geben, bei welcher er nicht bloß das, was er bei der direkten Kontraktsklage zu beweisen hat, sondern auch noch weiteres nachweisen müßte. — Dagegen ist nach der hier vertretenen Ansicht das Verhältnis beider Klagen ein ganz zweckmäßiges und logisches. Bei beiden muß der Kläger nachweisen, daß ein Auftrag erteilt oder Genehmigung erfolgt sei; kann er ferner beweisen, daß ihm dies beim Geschäft gesagt worden sei, so hat er gegen den Geschäftsherrn die Kontraktsklage (mag dieser nun bereichert sein oder nicht), kann er dies nicht, vermag aber nachzuweisen, daß der Geschäftsherr bereichert sei, so hat er die actio de in rem verso. — Endlich ist auch nicht einzusehen, warum dann das Behalten des Vorteils trotz der Mißbilligung der Handlungen des Mittelmanns, welcher ohne Auftrag oder in Ueberschreitung des Auftrags gehandelt hatte, ein dolоses gegen Treu und Glauben verstoßendes sein soll, wenn dem Verwendungskläger gesagt worden war, der Vertrag betreffe den Geschäftsherrn, dagegen ein erlaubtes, wenn ihm dieses nicht ausdrücklich gesagt worden war; das Dolose, die unbillige Bereicherung des Geschäftsherrn zum Nachteil des Verwendungsklägers, ist in beiden Fällen das gleiche, — ja es kann gerade das Verschweigen hier besonders arglistig sein. — Es hat sich denn auch Theorie und Praxis in überwiegender Mehrheit gegen Windscheid und Jhering erklärt, vgl. Thöl, Handelsrecht § 27; Ruhstrat im Oldenburgischen Archiv I, S. 42 ff.; Chambon

praktiſch aber wird es zu einem ſolchen Anſpruch gegen den Geſchäftsherrn wohl nur dann kommen, wenn der Mittelsmann unvermöglich iſt und

1) entweder der Verwendungskläger in einem Irrtum befindlich war, indem er nämlich ſeinem Mitkontrahenten irrig eine andere Eigenſchaft beilegte, wegen deren er ihm einzig kreditierte, z. B. alſo

a. denſelben als Eigentümer eines Guts anſah, während derſelbe das Gut ſchon an ein Kind verkauft hatte, im Ausding war, aber das Gut noch mit bewirtſchaften half [1]),

b. denſelben als Eigentümer eines kaufmänniſchen Geſchäfts, während er nur Kommiſſionär war, oder

c) als Teilhaber (Aſſocié) desſelben, während er nur Kommis war, oder

d. als Pächter eines Guts, während er nur Aufſeher oder Verwalter war, anſah [2]), — oder

2) der Verwendungskläger zwar in allen dieſen Fällen die wirkliche Stellung ſeines Mitkontrahenten kannte, aber (und zwar mit Recht) annahm, daß der Mitkontrahent den Vertrag nicht für ſich ſchließe, ſondern für den Herrn des Geſchäfts, daß alſo im Falle von a und d, der frühere Gutsherr oder der Aufſeher, Verwalter den Kauf für den wirklichen Eigentümer oder Pächter ſchließen, im Fall von b der Kommiſſionär für den Geſchäftsherrn erwerben wolle, im Falle von c der Kommis ein Anlehen für die Firma, nicht für ſeine Perſon, mache [3]).

---

neg. gest. S. 184; Gruchot, Beiträge XV, S. 244; Dernburg, Pand. II, § 14, Note 17; Wächter, Pand. II S. 457; Seufferts Archiv VIII, 258, XXIX, 29; Entſch. des Reichsgerichts I, 143 ff. 159 ff. (in welchen Fällen dies nicht verlangt wurde).

1) Auch das Gegenteil, (daß der Sohn das Gut, auf welchem er ſich nicht halten konnte, an den Vater zurückverkaufte) kam ſchon vor.

2) Aus den zu b, und d, angeführten Gründen wurden ſchon ſolche Klagen gegen den Geſchäftsherrn erhoben, der Beweis der erforderlichen Thatſachen konnte aber nicht erbracht werden. Der Kommiſſionär wird aber allerdings bei einem ſolchen Nebengeſchäft meiſtens für ſich ſelbſt handeln wollen und handeln. Zu a) vgl. auch Seufferts Archiv VIII, 258.

3) Nach Art. 52 und 114 des Handelsgeſetzbuchs könnte dann, wenn

Es dürfte nun wohl keiner weiteren Ausführung bedürfen, daß die Klage für ſolche Fälle von Wert iſt, ſie hat aber auch noch eine weitere Anwendbarkeit dahin, daß wenn in einem dieſer Fälle der Mittelsmann wirklich als ſolcher aufgetreten iſt und dies nun ſpäter beſtritten wird, eventuell zugleich auch aus dieſem Grunde der Bereicherung geklagt werden kann.

---

der Mittelsmann ein Prokuriſt, Handlungsbevollmächtigter oder Geſellſchafter iſt, die aus den Umſtänden zu ſchließende Abſicht der Kontrahenten, den Vertrag für den Geſchäftsherrn zu ſchließen, dem Mitkontrahenten des Mittelmanns ein direktes Klagerecht aus dem Vertrag gegen den Geſchäftsherrn geben, und es wird dies in der Praxis nunmehr auch als gemeinrechtlich gültig angeſehen (vergl. Ger.Bl. XVI, 160 Note und die hier Angeführten) allein im einzelnen Fall kann eben zweifelhaft und beſtritten ſein, ob nach den Umſtänden beide Teile ſich bewußt ſein mußten, daß der Vertrag für einen Dritten geſchloſſen werde, einer der Kontrahenten nur Stellvertreter eines Dritten ſei und die Gewährung der Klage de in rem verso kann geeignet ſein, dieſen Beweis überflüſſig zu machen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

50.

Ungültigkeit der Bestellung eines Vormunds im Fall des Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen der Anordnung einer Vormundschaft.

Aus den Gründen:

„Die Sabine B. von W., für welche zufolge testamentarischer Anordnung ihres Vaters, des Zimmermanns alt Daniel B. in W., im Jahr 1867, zu einer Zeit, zu welcher sie längst volljährig gewesen ist, der Zimmermann Friedrich B. daselbst und am 28. Mai 1870 nach dem Tod des letzteren dessen gleichnamiger Sohn, der Beklagte, und am 10. Nov. 1877 behufs Abschlusses eines Abnährungsvertrags mit diesem der Amtsdiener M. in W. als Pfleger bestellt worden ist, war zur Zeit der Erlassung jener testamentarischen Verfügung geistesschwach. Ob dieselbe infolge dieses geistigen Gebrechens handlungsunfähig oder aber nur in ihrer Willensfähigkeit beschränkt war, steht dahin. Wäre ersteres der Fall gewesen, so hätte die Sabine B., wie dies auch nach dem jetzt geltenden Recht vorgeschrieben ist (C.P.O. § 593), nach den in den Jahren 1867, 1870 und 1877 maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen (IV. Edikt § 191, Z. 2, Min.Verf. vom 10. Febr. 1846, württ. C.P.O. Art. 869) durch

gerichtliche Entscheidung entmündigt werden müssen, ehe die Anordnung einer Vormundschaft, abgesehen von der nachher zu erwähnenden sog. freiwilligen Vormundschaft, möglich war. Denn diese Anordnung ist durch die Feststellung der Handlungsunfähigkeit und die hieran sich knüpfende Entsetznng aus der Vermögensverwaltung seitens des Gerichts bedingt. Daß aber eine gerichtliche Entmündigung der Sabine B. nicht stattgefunden hat, ist unbestritten. Hieraus ergibt sich, daß im Fall der Handlungsunfähigkeit der letzteren die Bestellung eines Pflegers für dieselbe im Testament ihres Vaters und durch den Gemeinderat keine rechtliche Wirksamkeit gehabt hat.

Ist dagegen die Sabine B. in ihrer Handlungsfähigkeit nur beschränkt gewesen, so hätte sie sich nach der Landesordnung Tit. 45, ohne daß eine gerichtliche Entmündigung erforderlich gewesen wäre, von der Vormundschaftsbehörde einen Vormund erbitten können. Ob, wenn dies geschehen wäre, die Sabine B. hiedurch ihre Dispositionsfähigkeit verloren und daher die Vormundschaftsbehörde von Amts wegen für dieselbe einen anderen Vormund ad hoc aufzustellen gehabt hätte, falls der seitherige Vormund mit der Sabine B. ein Rechtsgeschäft abschließen wollte, kann dahingestellt bleiben. Denn die genannte Bestimmung der Landesordnung trifft in diesem Fall nicht zu, weil die Sabine B. die Vormundschaftsbehörde nicht um Bestellung eines Pflegers gebeten hat. Daß dieselbe etwa unmittelbar eine solche Bitte an die Vormundschaftsbehörde gerichtet habe, ist nicht behauptet worden. Sollte man sodann die Erklärung des Vaters der Sabine B. in seinem Testament, daß er derselben den Zimmermann Friedrich B. als Pfleger bestelle, dahin auffassen, daß er im Namen seiner Tochter die Vormundschaftsbehörde um Bestellung eines Pflegers für dieselbe habe bitten wollen, so wäre die hierauf erfolgte Anordnung einer Vormundschaft für die Sabine B. darum nicht verbindlich gewesen, weil ihr Vater zu deren Vertretung nicht befugt gewesen wäre. Stand dieselbe nämlich auch damals noch in der väterlichen Gewalt, so war sie doch, weil volljährig, handlungsfähig, soweit es sich nicht etwa um

Verfügungen über in der Nutznießung des Vaters stehendes Vermögen handelte [1]). Es kann daher dahingestellt bleiben, ob überhaupt die Bitte um Beiordnung eines Pflegers nach Tit. 45 der Landesordnung durch einen Vertreter gestellt werden kann, weil es sich hier um eine höchst persönliche Angelegenheit handelt und die Vormundschaftsbehörde die Ernstlichkeit des Willens des zu Bevormundenden festzustellen hat.

Von einer notwendigen Geschäftsbesorgung des Vaters für seine Tochter aber konnte darum keine Rede sein, weil diese ja selbst um Bestellung eines Vormunds hätte bitten können.

Hätte sodann auch die Sabine B. selbst und nicht, wie aus den Teilungsakten ihres Vaters hervorgeht, der von dem letzteren bestellte Vormund dessen Testament und damit die Anordnung der Vormundschaft anerkannt, so wäre dieses Anerkenntnis, falls man überhaupt bei dem geistigen Zustand der Sabine B. annehmen könnte, daß sie sich der Bedeutung jener Anordnung bewußt gewesen sei, doch nicht als ein Antrag derselben an die Vormundschaftsbehörde, ihr einen Pfleger zu bestellen, und auch nicht notwendig als eine Genehmigung des Antrags ihres Vaters anzusehen. Vielmehr läge hierin zunächst nur eine freiwillige Unterwerfung der Sabine B. unter eine von ihrem Vater oder der Vormundschaftsbehörde angeordnete Vormundschaft, welcher keine rechtliche Bedeutung zukommen würde [2]).

Ist hienach der von der Vormundschaftsbehörde im Jahr 1867 und 1870 bestellte Vormund der Sabine B. nicht als ein von derselben nach Maßgabe des Tit. 45 der Landesordnung erbetener Vormund anzusehen, so konnte jene Behörde in Ermanglung eines diesfallsigen Antrags der Sabine B. für diese im Jahr 1877 einen Pfleger in der Person des Amtsdieners M. mit rechtlicher Wirksamkeit nicht ernennen.

Der Abschluß des Abnährungsvertrags vom 10. Nov. 1877

1) Württemb. Arch. XIV, 341 f., XVI, 374 f.

2) Just.-Min. Erl vom 11. März 1853 (Boscher, Zeitschr. XVI, 271 Anm. *), württ. Arch. XVI, 113, 130, Gaupp, Komm. III, 45.

durch den Amtsdiener M. iſt daher, ſoweit derſelbe als Vormund der Sabine B. gehandelt hat, wegen der Ungültigkeit der Anordnung der Vormundſchaft für die Sabine B. nicht verpflichtend geweſen."

Urtheil des II. Sen. des O.L.Gerichts vom 5. Juli 1883 in Sachen Beck gegen Beck.

51.

Zuläſſigkeit der Einrede des Wuchers gegen eine vor dem Inkrafttreten drs Reichsgeſetzes vom 24. Mai 1880 kontrahierte Schuld. Begründung der Einrede. Eideszuſchiebung über einzelne Thatbeſtandsmerkmale des Wuchers.

Der Bauer Joſeph B. von Mühlen, Gemeinde Kirchen O/A. Ehingen, bekannte in einer Urkunde vom 6. Dezember 1877, dem Handelsmann Leopold N. in Laupheim „für bares Geld, bewilligte Proviſion und ſchon frühere Guthaben" 3500 fl. oder 6000 M., verzinslich zu 5% von Martini 1877 an und heimzuzahlen auf Martini 1878, ſchuldig zu ſein. In einer zweiten Urkunde vom 18. Dezember 1878 bekannte Joſeph B. dem N. „durch heute gepflogene Abrechnung und für bares Anlehen und bewilligte Proviſion" 4800 fl. oder 8228 M. 57 Pf., zu 5% verzinslich von Martini 1878 an und an Martini 1879 rückzahlbar, ſchuldig zu ſein. In einer dritten Urkunde vom 22. Januar 1880 endlich anerkannte Joſeph B., dem Leopold N. „als Ergebnis der an dieſem Tage mit N., mit dem er ſchon längere Zeit in Geſchäftsverbindung ſtehe, gepflogenen Abrechnung" die Summe von 9766 M. zu 5% verzinslich von Martini 1879 an ſchuldig geworden zu ſein, welche Summe er auf 11. November 1880 bar heimzuzahlen verſprach. Alle drei Urkunden enthalten die vertragsmäßige Einräumung des Pfandrechtstitels auf dem Anweſen des B. mit dem Bemerken, daß N. jederzeit hievon Gebrauch zu machen befugt ſei. Die beiden erſten Urkunden hatte Leopold N. verfaßt. Vor der Ausſtellung der dritten Urkunde fand eine Beſprechung

zwiſchen B. und N. in einem Wirtshaus zu Ehingen ſtatt, worauf Beide ſich zu Rechtsanwalt X. daſelbſt begaben, welcher die Urkunde abfaßte und von beiden Teilen unterſchreiben ließ.

Joſeph B. ſtarb im Mai 1886, ſeine Wittwe Marie B. im Oktober 1889. Nun trat L. N. erſtmals mit ſeinem Anſpruch gegen B. öffentlich hervor, indem er auf Grund der Urkunde vom 22. Januar 1880 die Realiſierung des Pfandrechtstitels verlangte. Die B'ſchen Erben, zwei Töchter Klara B. und Thereſe B., beziehungsweiſe deren Vormund, beſtritten den Anſpruch ſofort. Bei der Teilungsverhandlung verlangte der Vertreter der genannten Erben, indem er die materielle Richtigkeit der Forderung wegen dringenden Verdachtes des Wuchers beſtritt, von N. die Vorlegung der älteren Schuldſcheine oder Bücher zur Aufklärung, ob die Abrechnung nicht bloß fingiert ſei. Hiezu ſeien die Erben um ſo mehr berechtigt, als der Gläubiger, obwohl die Schuld auf Martini 1880 fällig geweſen wäre, ſich geſcheut habe, bei Lebzeiten des B. und ſeiner Wittwe mit der Forderung an das Tageslicht zu treten, augenſcheinlich aus Furcht vor den Einreden gegen den Rechtsbeſtand der Forderung oder vor ſtrafgerichtlicher Verfolgung. Das Waiſengericht trat dieſer Erklärung mit dem Bemerken bei, es ſei auffallend, in welcher Weiſe der Verſtorbene das Geld verwendet hätte, zumal derſelbe ein guter Haushälter und nur in Abwickelung von Rechtsgeſchäften unbeholfen geweſen ſei. Der Nachlaß der B.'ſchen Eheleute beſtand im Weſentlichen in Liegenſchaft, welche ſchon im Beginn der ſiebenziger Jahre im Beſitze derſelben geweſen und ſich in ihren Beſtandteilen nicht verändert hatte, im Anſchlage von 37850 M., ſowie in Fahrnis im Anſchlage von 2644 M. Die Liegenſchaft mit dem Gutsinventare war der Württemb. Sparkaſſe für ein Darlehen von 20 000 M., verzinslich zu 4%, verpfändet.

Bei der Verhandlung über die von N. gegen Klara und Thereſia B. bei dem Landgerichte Ulm auf Grund der Abrechnung vom 22. Januar 1880, eventuell auch der Abrech-

nungen vom 6. Dezember 1877 und 18. Dezember 1878 erhobene Klage gab N. über seine Geschäftsverbindung mit Joseph B. an, er habe demselben seit dem Jahre 1872 häufig größere Darlehen gegeben, B. habe in der ganzen Zeit nur auf die Zinsen einige kleinere Teilzahlungen gemacht, bei neuen Darlehen habe er sich von B. Provisionen ungefähr in den Grenzen der Bankprovisionen ausbedungen; nie habe er sich von B. einen neuen Schuldschein mit größerer Schuldsumme ausstellen lassen, ohne daß derselbe zugleich oder zuvor neue Darlehensbeträge erhalten habe. Die Beklagten fochten die Abrechnung vom 22. Januar 1880 hauptsächlich mit der Behauptung an, dieselbe und die hierüber aufgenommene Urkunde sei, wie die Abrechnungen vom 6. Dezember 1877 und 18. Dezember 1878, lediglich das Resultat grober wucherischer Ausbeutung ihres verstorbenen Vaters durch den Kläger, indem sie über ihre Behauptungen betreffend die Höhe der von dem Kläger berechneten Zinsen dem letzteren den Eid zuschoben.

Das Landgericht Ulm erkannte durch Urteil vom 4. Oktober 1890 auf diesen Eid in der Fassung:

> es ist nicht wahr, daß bei den drei Abrechnungen vom 6. Dezember 1877, 18. Dezember 1878 und vom 22. Januar 1880 jeweils ein Zuschlag von mehr als 12% für Zins und Provision gemacht wurde.

Die von dem Kläger gegen dieses Urteil eingelegte Berufung wurde durch das Oberlandesgericht zurückgewiesen, hiebei jedoch der dem Kläger auferlegte Eid dahin normiert:

> es ist nicht wahr, daß ich bei den mit dem verstorbenen Joseph B. von Mühlen gepflogenen Abrechnungen demselben an Zinsen und Provision soviel berechnet habe, daß es auf das dem B. an Geld und Geldeswerth Hingegebene zusammen mehr als 12% ausmacht.

Aus den im Nachstehenden mitgeteilten Entscheidungsgründen ergibt sich zugleich das übrige thatsächliche Parteivorbringen und Beweismaterial:

1) Es ist unbestrittener Rechtsgrundsatz, daß Verträge,

welche gegen die Sittlichkeit verstoßen, nichtig sind, sowie daß von dem Empfänger einer Leistung diese zurückgefordert werden kann, wenn demselben aus der Annahme der Leistung der Vorwurf der Unsittlichkeit gemacht werden muß. Dies gilt auch von einem Abrechnungs- oder Schuldanerkennungsvertrag, welcher in Ansehung seiner Gültigkeit oder Wirksamkeit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen untersteht. Als Grund der Ungültigkeit oder Unwirksamkeit erscheint der in dem Abschlusse des Vertrages oder in der Annahme der Leistung sich kundgebende Verstoß gegen die jeweilen im Volksbewußtsein gewurzelte Anschauung von guter Sitte und Ehrenhaftigkeit, dergestalt, daß die betreffende Handlung von dem Volksbewußtsein als unsittlich und unehrenhaft verworfen wird.

Den Ausführungen des Unterrichters ist nun darin beizutreten, daß, wenn auch dem Reichs-Wuchergesetze vom 24. Mai 1880 keine rückwirkende Kraft auf vor seinem Inkrafttreten eingegangene Rechtsgeschäfte beigemessen werden kann, doch der Wucher zu allen Zeiten von der Volksmeinung als unsittlich gebrandmarkt worden ist, und daß insbesondere der Wucherbegriff, unabhängig von dem jeweiligen Bestehen positiver das Zinsennehmen mehr oder weniger beschränkenden Wuchergesetze, im Wesentlichen zu allen Zeiten der gleiche war, und daß namentlich ein unehrenhafter, sittlich verwerflicher Wucher immer darin erblickt wurde, wenn Jemand bei der Hingabe eines Darlehens oder bei fernerer Kreditierung einer Geldforderung das augenblickliche Bedürfnis, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit, den Mangel an Einsicht auf Seite des Schuldners dazu benützte, um sich besonders hohe, in den Umständen des Falles nicht begründete, mit denselben vielmehr in keinem Verhältnis stehende Vorteile gewähren oder versprechen zu lassen. Auch dem Reichsgesetze, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867 und den demselben vorausgegangenen und zu Grund liegenden Verhandlungen lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß dasselbe jene Anschauungen fortan als nicht mehr berechtigte von der Anwendung im Rechtsleben hätte ausschließen wollen.

Das Reichsgesetz bezweckte vielmehr im Wesentlichen nur die Vereinbarung der Zinsen der Höhe und Art nach von den Fesseln positiver sogenannter Wuchergesetze (Zinsgesetze) zu befreien, weil man die letzteren, besonders soweit sie ein Zinsmaximum festsetzten, für in wirtschaftlicher Beziehung schädlich und dem Zwecke der Bekämpfung des Wuchers doch nicht genügend erachtete, und weil man der Ansicht war, daß im Allgemeinen die Höhe der Zinsen sich nach dem Verhältnisse des Angebotes zur Nachfrage regulieren werde. Die in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen enthaltenen Schranken der rechtlichen Zulässigkeit der Rechtsgeschäfte ließ das Reichsgesetz bestehen. Diese erwiesen sich allerdings in der Folgezeit unter Mitwirkung besonderer Verhältnisse, zu denen vielleicht auch eine in der Praxis geltend gewordene mißverständliche Auffassung über die Tragweite des Reichsgesetzes vom 14. November 1867 zu rechnen ist, als nicht ausreichend zur Bekämpfung des Wuchers, über dessen Ueberhandnahme bald von allen Seiten geklagt wurde. Dies führte zur Erlassung des Reichswuchergesetzes vom 24. Mai 1880, durch welches der Wucherbegriff nicht erst wieder in das Rechtsleben eingeführt oder die Unsittlichkeit und Unehrenhaftigkeit wucherlicher Geschäfte nicht erst wieder anerkannt werden sollte, sondern das überall laut gewordene Bedürfnis schärfer in der praktischen Anwendung jedem Zweifel möglichst entrückter Reaktionsmittel gegen die Wuchergeschäfte befriedigt wurde [1]). Uebrigens trat schon vor dem Reichswuchergesetze in der deutschen Gerichtspraxis die Anschauung hervor, daß durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867 (ebenso wie durch das dieselbe Tendenz verfolgende bayerische Gesetz betreffend die Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Zinsen vom 5. Dezember 1867), wenn nach demselben auch ein Zinsvertrag allein wegen der Höhe der bedungenen Zinsen nicht angefochten werden könne, doch gegebenen Falles die Anwendung der allge-

1) S. Schwarze, das Reichsgesetz betreffend den Wucher, bes. S. 5, 6, 17, 19, 23, 30; Freudenstein, das Reichswuchergesetz S. 12, 17, 18—20, 31 ff.; Reinwald, das Reichswuchergesetz S. 13, 14, 18 ff.

meinen civilrechtlichen Grundsätze über die turpitudo auf derartige Rechtsgeschäfte keineswegs ausgeschlossen sei (s. Entsch. des vorm. R.OH.G. XXI. Nr. 25, S. 72 f.). Dieselbe Rechtsauffassung liegt der Entscheidung des Reichsgerichtes im 25. Bande der Entscheidungen in Civils. Nr. 36, S. 178 f. zu Grunde.

Zu dem gleichen Ergebnisse führt die Rechtsentwickelung speziell in Württemberg. Als das Polizeistrafgesetz von 1839 ein Zinsmaximum von sechs Prozenten für die Anborgung eines Kapitals festsetzte, von dieser Schranke aber Darlehen an unbedingt wechselfähige Personen ausnahm (art. 66 f., 75), geschah dies nicht in der Meinung, daß hiermit andere in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen liegende Schranken des Zinsvertrages beseitigt sein sollten. Weder die Motive des Gesetzes, noch die Landtagsverhandlungen zeigen eine solche Absicht an. Auch das frühere württembergische Strafgesetzbuch wollte jene allgemeinen Schranken nicht niederreißen. Wenn daselbst (a. 355) gesagt ist, die Ueberschreitung des gesetzlich erlaubten Zinsfußes ziehe bloß die in dem Gesetze gegen den Wucher bestimmten privatrechtlichen oder polizeilichen Folgen nach sich, ausgenommen, wenn der Gläubiger, um den Schuldner zu täuschen, den wucherlichen Vertrag so eingekleidet habe, daß das wahre Verhältnis der Zinsen zum Kapital nicht zu ersehen gewesen, welchenfalls die Bestimmungen über den Betrug zur Anwendung kommen, so wurde hiermit lediglich an das im Polizeistrafgesetze festgesetzte Zinsmaximum angeknüpft und in Ansehung der Folgen der Ueberschreitung desselben für sich allein auf das Polizeistrafgesetz verwiesen, im Uebrigen aber nur für einen besonders qualifizierten Fall solcher Ueberschreitung die Anwendung der Strafbestimmungen über den Betrug sicher gestellt. Die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze sollten aber von der Anwendung auf den Zinsvertrag ebensowenig ausgeschlossen werden, als beabsichtigt sein konnte, die Anwendung anderweiter Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches auf einen solchen Vertrag für den Fall auszuschließen, wenn im Einzelfall der Thatbestand eines ander-

weiten Verbrechens oder Vergehens gegeben sein sollte. Eine Aenderung trat auch nicht ein, als im Jahre 1849 zufolge der Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung (art. 1 dieses Gesetzes) für Württemberg die in dem Polizeistrafgesetze normierten Zinsschranken fielen. Insbesondere lag dem Vortrage des Justizministeriums an die Kammer der Abgeordneten, betreffend die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung [1]), jede auf eine Abänderung des allgemeinen Civilrechtes zu Gunsten absoluter Wucherfreiheit gerichtete Tendenz ferne. Durch die Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung wurde vielmehr in Württemberg im wesentlichen derselbe Rechtszustand hergestellt, wie für das Deutsche Reich später durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867 (§ 1). Dies wurde schon von dem vormaligen Obertribunal in seinem im Jahre 1871 über die Frage, ob die Gesetzeskraft des § 2, Abs. 1. 2 des erwähnten Reichsgesetzes durch § 5, Abs. 2 desselben für Württemberg nach dem geltenden Landesrechte ausgeschlossen sei, erstatteten Gutachten anerkannt, wobei das Obertribunal zugleich ohne jede Einschränkung betont hat, daß seit der Einführung der allgemeinen deutschen Wechselordnung in Württemberg die Gültigkeit eines Vertrages über die für die Darleihung oder Anborgung eines Kapitals zu gewährende Vergütung nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei [2]). Zu den letzteren gehören aber, wie die Rechtssätze über die Wirkungen des Betruges, Zwanges, Irrtumes, des Mangels der Geschäftsfähigkeit ꝛc. ꝛc., so auch die Bestimmungen über das pactum turpe (oder die condictio ob turpem causam).

2) Auch in der Würdigung des Ergebnisses der Verhandlungen ist den Ausführungen des Unterrichters beizutreten.

Allerdings haben die Beklagten gegenüber der auf die Abrechnung vom 22. Januar 1880 gestützten Klage, da letztere an sich durch diese Abrechnung thatsächlich und rechtlich

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten 1848/49, I. Beil.-Band S. 542 f.

2) S. Württemb. Gerichtsblatt, 4. Band, S. 243 ff.

begründet wird, ihre Einwendung der wucherlichen Ausbeutung thatſächlich darzulegen und zu beweiſen. Die thatſächliche Subſtantiierung iſt aber durch das geſamte Verhandlungsmaterial in dem Maße erbracht, daß die Einwendung ſogar als in hohem Maße wahrſcheinlich gemacht anzuſehen iſt.

In Betracht kommt zunächſt das auffallende Verhalten des Klägers in dem von ihm gegen einen anderen Schuldner, Martin G. von Altſteußlingen, anhängig gemachten Prozeſſe. Er hat ſich, nachdem der Schuldner G. gegen die auf einen Schuldſchein geſtützte klägeriſche Forderung im Betrage von 6514 M. die Einrede der wucherlichen Ausbeutung angemeldet hatte, mit dem Schuldner alsbald auf den geringen Betrag von 650 M., welchen derſelbe wirklich empfangen zu haben zugegeben hatte, verglichen. Dies läßt ſich kaum anders erklären, als daß Kläger, wie G. geltend machte, ſeine Guthaben gegen G. mit Hülfe von Abrechnungsgeſchäften durch wucherliche Manipulationen auf eine zum wirklichen Betrage der Schuld und zu den ſonſtigen Umſtänden in keinem Verhältniſſe ſtehende Höhe hinaufgeſchraubt hatte, und daß er die Bekanntmachung ſeines Geſchäftsgebahrens, vielleicht auch ſtrafrechtliche Verfolgung fürchtete. Kläger, gegen welchen um dieſelbe Zeit auf die Anzeige des Martin G. eine, in der Folge wegen eingetretener Verjährung der Strafverfolgung eingeſtellte, Unterſuchung anhängig war, ſucht dieſer Auffaſſung durch die Behauptung zu begegnen, er ſei durch die Drohungen des G. mit der Anzeige bei dem Strafrichter, die hierin liegenden Erpreſſungen und durch die ſtrafgerichtliche Unterſuchung dergeſtalt geängſtigt worden, daß er ſeinem Vertreter in dem Prozeſſe, Rechtsanwalt X. in Ehingen, erklärt habe, er wolle mit dieſer Sache gar nichts mehr zu thun haben, X. ſolle ſie nach ſeinem Belieben regeln. Es liegt auf der Hand, daß hiedurch jene Auffaſſung nicht erſchüttert, eher beſtätigt wird. Auf eine ähnliche Manipulation einem anderen Schuldner Martin B. gegenüber weiſt ferner der in dem Tagbuche des Klägers ſich findende Eintrag, wonach er demſelben unter'm 26. November 1872 für ein bares Darlehen und Proviſion zuſammen von

800 fl. verzinslich zu 5% von Martini 1872 an den Betrag von 1000 fl. zahlbar am 1. Mai 1873 zur Last geschrieben hat. Hierzu kommt, daß Kläger vom Jahre 1873 an nach seiner Behauptung überhaupt kein Buch mehr über seine mannigfachen Geschäfte geführt hat. Wenn er zur Entschuldigung hierfür anführt, er habe, weil damals in eine Untersuchung wegen Kapitalsteuerdefraudation verwickelt, der Steuerbehörde fortan nicht mehr durch Führung von Büchern selbst die Handhabe zu Einleitung einer Untersuchung wegen Steuergefährdung bieten wollen, so ist klar, daß dies, sowie die Thatsache, daß Kläger in der Folge wegen Kapitalsteuerdefraudation wirklich in erhebliche Strafe verfällt worden ist, den durch das Verhalten des Klägers gegen seinen Schuldner Martin G. und durch den erwähnten Bucheintrag betreffend den Schuldner Martin B. gerechtfertigten Verdacht, daß der Kläger behufs des raschen Gelderwerbes auch zu unsauberen Manipulationen zu greifen geneigt ist, nur bestärkt.

In den Verhältnissen des vorliegenden Falles liegen desgleichen Umstände genug, welche die von den Beklagten erhobene Einwendung als thatsächlich begründet und glaubhaft erscheinen lassen. Das exorbitante Hinaufschnellen des Forderungsbetrages in den drei Abrechnungen, welche Kläger allein vorgelegt hat, vom 6. Dezember 1877, 18. Dezember 1878 und 22. Januar 1880 von 6000 M. auf 8228 und 9766 M. legt an sich schon die Vermutung nahe, daß es sich hierbei nicht bloß um die Berechnung landläufiger Zinsen und einer mäßigen Provision für in der Zwischenzeit gewährte weitere Darlehen und die fernere Anborgung handelte, daß Kläger hierbei vielmehr dem verstorbenen Joseph B. je ein Uebermaß von Zinsen und Provision berechnet und zu dem Kapital geschlagen hat. B. mag von dem Kläger des öfteren Darlehen verlangt und empfangen haben; allein der Annahme, daß er fortlaufend von dem Jahre 1872 an, wie Kläger behauptet, regelmäßig erhebliche Summen zur Bewirtschaftung seines Anwesens aufzunehmen genötigt gewesen wäre, steht schon der Umstand entgegen, daß, falls sich Joseph B. andauernd in solcher Lage befunden

hätte, dies insbeſondere ſeinen Angehörigen und den Gemeindebehörden nicht hätte verborgen bleiben können. Nicht nur dem für die Beklagten nach dem Tode ihrer Mutter beſtellten Vertreter, welcher mit der Perſon und den Verhältniſſen des Joſoph B. bekannt war, hat ſich aber ſofort der Verdacht aufgedrängt, daß B. von dem Kläger mittels der Abrechnungen bewuchert worden ſei, ſondern auch das Waiſengericht wußte ſich nicht zu erklären, in welcher Weiſe, für welche Zwecke B. das viele von dem Kläger angeblich erhaltene Geld verwendet haben ſollte, weil derſelbe ein guter Haushalter, aber in Abwicklung von Rechtsgeſchäften allerdings unbeholfen geweſen ſei. Ebenſo konnte der in erſter Inſtanz als Zeuge vernommene Rechtsanwalt X. in Ehingen nach ſeinen eidlichen Ausſagen am 22. Januar 1880, als Kläger und der verſtorbene Joſeph B. bei ihm erſchienen, um die Abrechnung ſchriftlich machen zu laſſen, nach den ihm bekannten ökonomiſchen Verhältniſſen des Joſeph B. und weil er denſelben als einen ganz ſoliden, aber etwas beſchränkten Mann kannte, den Zweifel nicht unterdrücken, ob er eine ſo große Summe wirklich erhalten und gebraucht habe. Zugleich waren dem Rechtsanwalt X. aber auch die Perſönlichkeit und die Geſchäfte des Klägers bekannt, indem er in dem früheren Prozeſſe desſelben mit Martin G. als ſein Vertreter den ſchon erwähnten Vergleich abgeſchloſſen hat. Daß aber auch den Angehörigen des B. deſſen angebliche Schuld, ja ſeine ganze Geſchäftsverbindung mit dem Kläger unbekannt geblieben iſt, erhellt aus den Verhandlungen vor der Teilungsbehörde nach dem Tode der Witwe B. in Verbindung mit dem Inhalte des von dieſer hinterlaſſenen Teſtamentes, welches ſie nur zwei Monate vor ihrem Tode errichtet hatte. In dieſem Teſtamente traf die Witwe B. beſonders motivierte Anordnungen über die Uebernahme des ganzen Anweſens durch die jüngere Tochter Thereſia B., wobei ſie beſtimmte, daß letztere die vorhandenen Schulden, als welche ſie außer der Pfandſchuld gegen die württemb. Sparkaſſe mit 20000 M. nur Kurrentſchulden im ungefähren Betrage von 1000 M. bezeichnete, zu übernehmen habe. Dieſe

Thatsache läßt sich nur daraus erklären, daß die Witwe B. die Forderung des Klägers und die Beziehungen ihres verstorbenen Ehemannes zu demselben nicht kannte. Zwar behauptet der Kläger, die Witwe B. habe ihn bei wiederholten Aufforderungen zur Zahlung der Schuld jedesmal gebeten, noch zuzuwarten, da sie wieder heiraten wolle, worauf er sein Geld bekäme. Diese Behauptung erscheint aber durch den Inhalt des Testamentes widerlegt, weil kein Grund ersichtlich ist, aus welchem die Witwe B. bei Aufzählung der Schulden die bedeutende Forderung des Klägers verschwiegen hätte, da sie sich doch hätte sagen müssen, daß der Kläger mit derselben nach ihrem Tode alsbald hervortreten werde. Es ist auch an sich durchaus unglaubhaft, daß Kläger lediglich aus Schonung gegen den verstorbenen B. oder dessen Witwe erst den Tod der letzteren abgewartet hätte, ehe er seine Forderung geltend machte, zumal der Verstorbene B. auch die Zinsen nicht regelmäßig bezahlt haben und diese überhaupt inhaltlich der Forderungsanmeldung des Klägers zu den Teilungsakten seit Martini 1885 im Rückstand geblieben sein sollen. Dieses Zuwarten des Klägers legt vielmehr nach der gesamten Sachlage die Annahme sehr nahe, daß derselbe, nachdem er die Feststellung seines Guthabens durch die letzte Abrechnung vom Januar 1880 erlangt hatte, eine möglichst lange Zeit verstreichen lassen wollte, um etwaige Einwendungen gegen die Richtigkeit und den Bestand seines Anspruches mit Hülfe der naturgemäß eintretenden Verdunkelung des Sachverhältnisses abzuschneiden. Hierbei lief der Kläger, welchem die guten ökonomischen Verhältnisse der B.'schen Eheleute selbstverständlich genau bekannt waren, keine Gefahr.

Dies Alles zusammengenommen begründet nicht bloß in Beziehung auf die drei Abrechnungen vom Dezember 1877 und 1878 und vom 22. Januar 1880, sondern in Beziehung auf den gesamten nach des Klägers Behauptung im Jahre 1872 begonnenen Verkehr zwischen ihm und dem verstorbenen Joseph B., woraus sich die nun geltend gemachte Forderung allmählich entwickelt haben soll, den dringenden Verdacht, daß der

Kläger hierbei den B. fortlaufend bewuchert hat, indem er ſeinem jeweiligen Geldbedürfniſſe entgegenkam und hierbei die mehrfach bezeugte Unbeholfenheit und Unerfahrenheit des B., insbeſondere aber deſſen unkluge, im Bauernſtande bekanntermaßen häufig zu treffende Scheu, das Verhältnis zu ſeinem Gläubiger offenkundig werden zu laſſen, benützte, um ſich für das wirklich darlehensweiſe Hingegebene und das wiederholte fernere Anborgen an Zinſen und Proviſionen Vorteile verſprechen zu laſſen, welche mit dem Hingegebenen und den Verhältniſſen überhaupt in keinem Verhältniſſe ſtanden. Daß hierbei jene thörichte und verhängnisvolle Scheu des B., ſeine Schulden bekannt werden zu laſſen, mitwirkte, erhellt zumal daraus, daß derſelbe von dem Beginne ſeines Verkehres mit dem Kläger bis zu ſeinem Tode, alſo während vierzehn Jahren Niemanden von ſeinem Schuldverhältnis zu dem Kläger Mitteilung machte. Der Umſtand, daß Kläger und B. am 22. Januar 1880 miteinander zu Rechtsanwalt X. in Ehingen ſich begaben, um durch dieſen die Urkunde über die Abrechnung abfaſſen zu laſſen, kommt in dieſer Richtung nicht in Betracht, weil Beide hierbei den Rechtsanwalt X. als verſchwiegenen Vertrauensmann anſahen. Des Weiteren hatte der Kläger in dem Pfandrechtstitel, deſſen Einräumung er bei den mit B. gepflogenen Abrechnungen von demſelben jeweilen erwirkte, das Mittel in der Hand, um auf B. ſoweit nötig eine Preſſion auszuüben, daß er die bei den einzelnen Abrechnungen als ſeine Schuld von dem Kläger berechneten Beträge anerkenne. Auf der Hand liegt, daß das Gewicht der in Vorſtehendem gewürdigten Beweismomente in keiner Weiſe dadurch beeinträchtigt würde, wenn der Kläger, wie er in zweiter Inſtanz behauptet hat, nicht reich wäre und ſelbſt Schulden hätte oder einmal für einen Freund, ohne ſich von demſelben eine Sicherheit beſtellen zu laſſen, ſich verbürgt hätte. Ebenſowenig fällt der Umſtand zu Gunſten des Klägers in die Wagſchale, daß der verſtorbene B. auch den Gebrüdern H. in Laupheim für nach und nach geliehene Summen den Betrag von 4573 M. ſchuldig geworden iſt und denſelben hiefür im Jahre 1883 ein

Unterpfand bestellt hatte. Im Gegenteil erscheint hiernach um so unbegreiflicher, wozu B. daneben noch von dem Kläger so große Summen aufzunehmen genötigt gewesen sein soll. Irrelevant wäre endlich, wenn die Witwe B. in den von den Gebrüdern H. nach dem Tode ihres Mannes gegen sie auf Bezahlung jener Summe angestrengten Prozesse gleichfalls die Einrede des Wuchers erhoben hätte und von dem Gerichte mit dieser Einrede zurückgewiesen worden wäre.

Liegen nach dem Ausgeführten so viele Beweismomente für die beklagterseits erhobene Einwendung der Bewucherung vor, daß an sich die Frage aufgeworfen werden könnte, ob diese Einwendung nicht ohne weiteres als bewiesen anzunehmen gewesen wäre, so beschwert sich Kläger ohne Grund darüber, daß ihm durch das Urteil I. Instanz noch der Haupteid in Ansehung des nach der Behauptung der Beklagten von ihm dem verstorbenen B. berechneten Maßes von Zinsen und Provisionen auferlegt worden ist. Allerdings bezeichnet der Kläger die betreffenden Behauptungen als vage Vermutungen und die Eidesdelation deshalb als unzulässig. Allein nach der wesentlich von dem Kläger selbst geschaffenen Sachlage kann den Beklagten nicht zugemutet werden, die fraglichen Aufstellungen näher zu substanziieren. Dieselben wären zwar, wie sie in erster Instanz in der Eideszuschiebung gefaßt wurden, insofern nicht unbedenklich, als sie dahin verstanden werden könnten, die Verurteilung solle von der auf den Eid des Klägers gestellten Thatsache abhängig sein, daß er bei den drei Abrechnungen vom 6. Dezember 1877, 18. Dezember 1878 und 22. Januar 1880, und nur bei diesen, dem verstorbenen Joseph B. jedesmal einen Zuschlag von mehr als 12 Prozenten an Zinsen und Provision berechnete, während es sich nach der ganzen Sachlage bei der Einwendung der Beklagten um den Geschäftsverkehr zwischen dem Kläger und dem verstorbenen B. überhaupt und um alle im Verlaufe desselben gepflogenen Abrechnungen, also darum handelt, ob Kläger dem B. im Gesamtverkehre und bei allen einzelnen Abrechnungen an Zinsen und Provisionen solche Beträge angesetzt hat, daß

dieselben zusammengerechnet auf das wirklich von dem Kläger dem B. an Geld und Geldeswert Hingegebene mehr als 12% ausmachen, wobei Kläger das einemal weniger, ein anderesmal um so viel mehr gerechnet haben mag. Die Beklagten haben ihr Vorbringen in dieser Instanz zulässigerweise in letzterem Sinne präzisiert unter entsprechender Modifikation der Eidesdelation. Hätte Kläger in der bezeichneten Weise dem B. mehr als 12 Prozente zusammengerechnet an Zinsen und Provision zu Lasten geschrieben, so könnte nach dem Ausgeführten jedenfalls auch darüber kein Zweifel mehr bestehen, daß die Vorteile, welche Kläger von B. sich versprechen ließ, der Größe nach außer allem Verhältnis zu den in Betracht kommenden Umständen standen. In dieser Richtung ist insbesondere noch von erheblichster Bedeutung, daß, wie schon der Unterrichter gezeigt hat, von einem Risiko, welches Kläger bei seinen Darlehen und weiteren Anborgungen auf sich genommen hätte, nach den thatsächlichen Verhältnissen keine Rede sein kann. Es stände dann auch der Annahme, daß die Abrechnungen, auf welche die Klage allein sich stützt, besonders die Abrechnung vom 22. Januar 1880 die einzelnen wucherlichen Geschäfte des Klägers mit dem B. in sich aufnahmen und dazu dienen sollten, dieselben rechtlich unangreifbar zu machen, kein thatsächliches oder rechtliches Hindernis entgegen, dergestalt, daß diese Abrechnungen selbst als pacta turpia, also als nichtige Akte anzusehen wären. Dieser Beurteilung steht die Thatsache nicht entgegen, daß der verstorbene B. am 22. Januar 1880 vor der schriftlichen Abfassung der Abrechnungsurkunde dem Rechtsanwalt X. gegenüber auf dessen Frage bestätigte, dem Kläger laut Abrechnung die Summe von 9766 M. schuldig geworden zu sein. Denn es ist nach der Sachlage davon auszugehen, daß der verstorbene B., wenn er unmittelbar zuvor sich zu der mündlichen Abrechnung mit dem Kläger unter dem Einflusse der wucherlichen Ausbeutung und Manipulationen des letzteren, sowie der früheren Abrechnungen verstanden hat, auch jene Erklärung und seine Unterschrift noch unter demselben Eindrucke und Einflusse abgegeben hat. Sollte

endlich die Auffassung gerechtfertigt erscheinen, daß die Hingabe der von dem verstorbenen B. mit seiner Unterschrift versehenen Abrechnung, beziehungsweise des in der Urkunde enthaltenen Schuldbekenntnisses eine Leistung des B. an den Kläger im technischen Sinne enthalte, so käme in Betracht, daß diese Leistung lediglich als durch die unehrenhafte und unsittliche Bewucherung seitens des Klägers veranlaßt erschiene, weshalb den Beklagten gegenüber der auf effektive Leistung gerichteten Klage die Einrede aus der Kondiktion (ob turpem causam), deren Vorschützung in der allgemeinen Geltendmachung der turpitudo liegt, zur Seite stände, die lediglich auf die Abrechnung gestützte Klage also im Falle der Eidesverweigerung jedenfalls abzuweisen wäre.

Zu Unrecht macht Kläger schließlich geltend, daß durch den von den Beklagten ihm zugeschobenen Eid sein Gewissen in unbilliger Weise beschwert werde, indem er den Grund oder Ungrund der zum Eid verstellten Thatsache nur mit Hülfe komplizierter Berechnungen über einen lange Zeit dauernden Geschäftsverkehr erforschen könne. Nachdem Kläger unterlassen hat, mit seiner Forderung bei Lebzeiten des Schuldners an den Tag zu treten, hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm zugemutet wird, solche Berechnungen anzustellen und hiernach sich zu prüfen, ob er den Eid zu leisten im stande ist oder nicht. Uebrigens muß angenommen werden, daß der Kläger zur Anstellung dieser Berechnungen im stande ist, weil er nach seinem Zugeständnis zwar seit dem Jahre 1873 kein Buch mehr geführt, wohl aber nach der Praxis der Geschäftsleute seiner Art seine Papiere und Notizen über die einzelnen von ihm gemachten Geldgeschäfte aufgehoben hat.

3. Hiernach war die Berufung des Klägers gegen das Urteil erster Instanz unter Verfällung desselben in die Kosten zweiter Instanz zu verwerfen.

Urteil des II. Civilsenates des K. Oberlandesgerichtes vom 22. Januar 1891 in S. des Handelsmannes Leopold N. in Laupheim Klr's Berufungsklägers, gegen die ledigen Bauerntöchter Klara B. und Therese B. in Mühlen, Be-

klagte, Berufungsbeklagte, Forderung aus Abrechnung betreffend.

52.

Liegenschaftsgesetz: Bezeichnung von Ort und Tag des Vertragsschlusses sowie des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde.

Der Bauer Lorenz F. in Dentingen O/A. Riedlingen verkaufte am 14. Juli 1889 ein in Oberstadion O/A. Ehingen gelegenes Anwesen an den Sailer Jakob St., damals in Grunzheim O/A. Ehingen wohnhaft, unter Bürgschaft des Bauern Joseph J. in Oberstadion. Die von einem Dritten verfaßte Vertragsurkunde trägt die Ueberschrift „Kaufvertrag" und lautet im Eingang: „Jakob St., Sailer von Grunzheim, kauft unter „heutigem Datum von Lorenz F. von Dentingen das ihm im „hiesigen Orte gehörige Haus Nr. 60 samt Gras- und Ge„müsegarten neben Sulpizius Kneißle und Sebastian Hofherr „um die Summe von vierzehnhundert Mark unter folgenden „Bedingungen: 1) Es geht mit allen Rechten und Lasten auf „den Käufer über, wie es Verkäufer innehatte. 2) Für Meß „wird nicht garantiert, sondern wie es im Güterbuch einge„tragen ist." Unter Ziffer 3—8 folgen die weiteren Bedingungen, deren letzte lautet: „Der Käufer hat einen tüchtigen Bürgen und Selbstzähler zu stellen." Darauf folgen unter der Bemerkung „Alles kraft unserer eigenhändigen Unterschrift" die Unterschriften des Verkäufers Lorenz F. und des Käufers Jakob St. Unmittelbar unter demselben steht in besonderer Linie „Als Bürge und Selbstzähler macht sich verbindlich Joseph J., Bauer". Darauf folgt in einer Linie neben dem Datum „Oberstadion den 14. Juli 1889" die Unterschrift: der Bürge und Selbstzähler Joseph J.

Lorenz F. sah sich in der Folge genötigt, gegen den Käufer und den Bürgen auf Erfüllung dieses Kaufvertrages zu klagen. Die von dem Beklagten in erster und zweiter Instanz gegen die Klage erhobene Einwendung, es fehle in der Vertrags-

urkunde die Angabe des Orts und des Tages des Vertragsschlusses, insoferne das in derselben enthaltene Datum von dem Verkäufer und Käufer nicht unterschrieben sei, sowie an der bestimmten Bezeichnung der Vertragsgegenstände, der Kaufvertrag sei also nichtig (Gesetz vom 23. Juni 1853, art. 1, art. 2, Abs. 1, lit. b und d), wurde von dem Oberlandesgerichte mit nachstehender Begründung verworfen:

1) Das Liegenschaftsveräußerungsgesetz vom 23. Juni 1853 verlangt allerdings die Angabe des Orts und des Tages des Vertragsabschlusses in der über den Kauf der Liegenschaft aufzunehmenden Urkunde, und nach dem Sinne des Gesetzes muß auch diese Angabe von den Kontrahenten unterzeichnet, d. h. durch ihre Unterschrift anerkannt sein. Ob dies zutrifft, ist aber, wie auch in der von dem Unterrichter allegierten Entscheidung des früheren Obertribunals [1]) ausgesprochen wurde, im Einzelfall nach dem Gesamtinhalte der Urkunde zu beurteilen.

Die Vertragsurkunde vom 14. Juli 1889 ist nun, wie sich auf den ersten Blick zeigt, überdies unter den Parteien auch nicht bestritten ist, von der Ueberschrift an bis zum Ende, einschließlich der Worte „Oberstadion den 14. Juli 1889" „der Bürge und Selbstzähler" von einer Hand in einem Zuge niedergeschrieben. Schon aus der Urkunde selbst erhellt somit, daß zur Zeit, als Verkäufer, Käufer und Bürge die Urkunde unterschrieben, diese einschließlich der Orts- und Zeitangabe fertig vorlag, die Parteien also, indem sie der Urkunde mit dem auch das Datum umfassenden Inhalte ihre Namensunterschrift beifügten, hiermit auch die Richtigkeit des Datum anerkannten. Die Vertragsurkunde verweist zudem im Eingange mit den Worten „kauft unter heutigem Datum" ausdrücklich auf eine in der Urkunde befindliche Orts- und Zeitangabe für den Vertragsabschluß, und diese kann keine andere sein, als die erwähnte, am Schlusse befindliche. Es ist hiernach klar, daß dieses Datum sich nicht bloß auf die Unterschrift des Bürgen beziehen soll, und daß es insbesondere nur

1) Württemb. Archiv XVI. S. 299.

auf einem Verſehen oder auf einem Mangel an Uebung ſeitens des Verfaſſers der Urkunde beruht, wenn die Unterſchriften des Verkäufers und des Käufers räumlich nicht unter dem Datum, ſondern oberhalb desſelben, diejenige des Bürgen neben demſelben ſich befinden. Ein derartiges Verſehen iſt bedeutungslos.

2) Das Liegenſchaftsveräußerungsgeſetz ſtellt ferner als Erfordernis für die Gültigkeit des Kaufvertrages die beſtimmte Bezeichnung der Vertragsgegenſtände in der Vertragsurkunde auf. Hiermit iſt nicht gemeint die Wiedergabe des Güterbuchsbeſchriebes, auch nicht die möglichſt genaue und abſolut richtige Beſchreibung der Kaufsobjekte, vielmehr nur eine ſolche Bezeichnung derſelben, daß im konkreten Falle ein vernünftiger Zweifel über die Identität der Vertragsgegenſtände ausgeſchloſſen iſt. Es genügt, wenn die Urkunde ſo gefaßt iſt, daß an der Hand derſelben die Vertragsgegenſtände in ihrer Beſonderheit erkannt werden können [1]).

Die Urkunde vom 14. Juli 1889 bezeichnet als Vertragsgegenſtand „das dem Lorenz F. von Dentingen im hieſigen „Orte gehörige Haus Nr. 60 ſamt Gras- und Gemüſegarten". Hiermit verweiſt die Urkunde auf einen anderen Ort, als die in derſelben unmittelbar zuvor angegebenen Wohnorte des Käufers (Grunzheim) und des Verkäufers (Dentingen), zu denen der „hieſige Ort" geradezu in Gegenſatz geſtellt iſt, und zwar iſt hiermit deutlich verwieſen auf eine andere in der Urkunde ſelbſt enthaltene Ortsangabe, womit nach dem Geſamtinhalte der Urkunde nur die am Schluſſe im Datum enthaltene gemeint ſein konnte, nämlich Oberſtadion, woſelbſt das verkaufte Anweſen in der That liegt. Dies iſt die natürliche, bei unbefangenem Leſen der Urkunde ſich ſofort ergebende Interpretation, wonach die in erſter Inſtanz von den Beklagten vorgebrachte Bemängelung der Urkunde, es fehle in derſelben die Angabe des Ortes, wo das verkaufte Anweſen liege, alſo die beſtimmte Bezeichnung des Vertragsgegenſtandes, zu verwerfen iſt.

1) Württemb. Archiv VI. S. 181, VIII. S. 121, XIII. S. 62, 154, 291 f., XIV. S. 373 f., XV. S. 143.

Auch die in zweiter Instanz von den Beklagten versuchten Rügen in Ansehung der Bezeichnung der Vertragsgegenstände durch die Urkunde sind nicht begründet.

Wie erwähnt, nennt die Urkunde als Kaufsobjekte das dem Kläger F. in Oberstadion gehörige Haus samt Gras- und Gemüsegarten. Dadurch ist in der Urkunde für Jedermann deutlich ausgedrückt, daß der Kläger verkauft habe sein in Oberstadion gelegenes Anwesen, das einzige, welches er dort besitze, dieses ganze Anwesen. Schon hiernach ist nicht nur für die Beklagten, welche zudem in diesem Rechtsstreite selbst hervorheben, daß der Kläger ein anderes Anwesen in Oberstadion nie besessen habe, sondern auch für jeden Dritten durch die Urkunde jedenfalls in Verbindung mit der durch das Gesetz keineswegs ausgeschlossenen Vergleichung des Beschriebes im Güterbuche, auf welchen auch in der Urkunde vom 14. Juli 1889 besonders hingewiesen ist, die Identität des Kaufsobjektes jedem Zweifel entrückt, dergestalt, daß auch die von den Beklagten hervorgehobenen nebensächlichen Mängel der Urkunde hinsichtlich der Bezeichnung des Kaufsobjektes nicht in Betracht kommen können.

Das verkaufte Haus führt allerdings nicht, wie in der Urkunde angegeben ist, die Nr. 60, sondern die Nr. 56. Allein trotz dieses Versehens, welches als solches aus dem Güterbuche sofort erkannt werden kann, bleibt die Bezeichnung des Kaufobjektes nach dem Vorbemerkten eine genügend bestimmte im Sinne des Gesetzes [1]). Es schadet ferner auch die Nichtangabe der Parz.Nummern der verkauften Gärten nichts. Das Gesetz verlangt diese Angabe nicht, wenn nur sonst, wie im vorliegenden Falle, die Bezeichnung des Kaufsobjektes in der Urkunde eine deutliche ist. Die Beklagten behaupten weiter, unter Berufung auf den vorgelegten Güterbuchsauszug, diese Bezeichnung sei auch insofern eine falsche und irreführende, als die Nebenlieger des verkauften Anwesens in der Vertragsurkunde unrichtig angegeben seien, indem das Anwesen nicht neben Se-

1) Vergl. Württemb Archiv. XVII. S. 345 f.

baſtian Hofherr und Sulpizius Kneißle, ſondern das Haus und der Gemüſegarten neben ꝛc. Hofherr und der Ortsſtraße, der Grasgarten neben der Wittwe Bauer und der Straße liege, ſowie weil der als verkauft bezeichnete Grasgarten in der That ein Gras- und Baumgarten und als ſolcher auch im Güterbuche eingetragen ſei. Allein die Angabe der Nachbarn in der Vertragsurkunde iſt, wenn dieſe den Gegenſtand des Kaufes ſonſt deutlich ergibt, überhaupt nicht erforderlich und durch die behaupteten Fehler in der Benennung der Nachbarn würde im vorliegenden Falle die Klarheit der Urkunde vom 14. Juli 1889 hinſichtlich der Vertragsgegenſtände nicht abgeſchwächt, zumal da in Anſehung des wichtigſten Teiles der Vertragsgegenſtände des Hauſes, ein Anlieger, Hofherr, in der Urkunde richtig angegeben iſt, woraus in Verbindung mit dem Güterbuchbeſchrieb die Richtigſtellung der übrigen falſchen Nachbarbezeichnungen ſich ſofort mit Leichtigkeit ergeben würde. Dem Umſtande, daß auf dem Grasgarten auch Obſtbäume ſtehen und deshalb im Güterbuch dieſer Garten als Gras- und Baumgarten aufgeführt ſein ſoll, kommt gleichfalls keine Bedeutung zu. Nach der Sachlage kann niemand bezweifeln, daß der in der Urkunde genannte bei dem verkauften Hauſe liegende Grasgarten und der im Güterbuch aufgeführte Gras- und Baumgarten identiſch ſind; eine Regel oder ein beſtimmter Sprachgebrauch für die Bezeichnung eines ſolchen Gartens von geringem Meßgehalt (2 ar 80 qm) beſteht ohnehin nicht. Irrelevant iſt endlich noch der Umſtand, daß in der Vertragsurkunde der zu dem verkauften Anweſen gehörige und mitverkaufte, nur 4 qm große Hofraum nicht beſonders genannt iſt. Dieſer Hofraum hat, wie für jedermann erſichtlich iſt, die Eigenſchaft einer Pertinenz des verkauften Hauſes und teilte als ſolche und nach ſeiner Lage das rechtliche Schickſal desſelben. Kein Menſch konnte daran zweifeln, daß der Hof mit dem Hauſe in dem Kaufvertrage einbegriffen ſei, trotzdem er in der Vertragsurkunde nicht erwähnt iſt [1]).

1) S. Württemberg. Archiv XVI. S. 293, 298.

Auch alle diese unbedeutenden und nebensächlichen Mängel der Urkunde vom 14. Juli 1889 zusammen beeinträchtigen die aus derselben ersichtliche Bezeichnung der Vertragsgegenstände nicht, indem dieser Mängel ungeachtet aus der Urkunde, eventuell unter Heranziehung des Güterbuches, deutlich erhellt, was verkauft wurde, nämlich das einzige dem Kläger in Oberstadion gehörige Anwesen mit allen seinen Bestandteilen und Zubehörden.

Urteil des zweiten Civilsenates des K. Obertribunals vom 12. März 1891 in S. des Bauern Lorenz F. in Dentingen, Klägers Berufungsklägers, gegen den Sailer Jakob St. in Rettighofen und den Bauern Joseph J. in Oberstadion, Liegenschaftskauf betreffend.

53.

Gewährleistung für den Mangel einer vertragsmäßigen Eigenschaft eines Haustiers im Fall der Kenntnis dieses Mangels auf seiten des Veräußerers zur Zeit des Vertragabschlusses nach dem bayerischen Gewährleistungsgesetze vom 26. März 1859. Geltendmachung des Mangels durch bestimmte Bezeichnung desselben in der Klage oder in der Streitverkündung. Garantie für „schweren Zug" ist nicht gleichbedeutend mit Garantie für „gut im Zug".

Aus den Gründen:

„Der von den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag war beiderseits in Bayern zu erfüllen, sofern das den Gegenstand desselben bildende Pferd von der Klägerin dem Beklagten in Donauwörth übergeben worden ist und der letztere den Kaufpreis der Klägerin an dem in Bayern befindlichen Ort der Handelsniederlassung derselben zu bezahlen hatte. Der Sitz des Vertragsverhältnisses ist somit in Bayern, und es sind daher mit Recht beide Parteien davon ausgegangen, daß dasselbe nach den Bestimmungen des bayerischen Rechts zu beurteilen sei.

Hienach kommt im vorliegenden Fall das bayeriſche Geſetz vom 26. März 1859 betreffend die Gewährleiſtung bei Viehveräußerungen, welches nach Art. 12 mit dem Tag ſeiner Bekanntmachung im ganzen Umfang des Königreichs in Kraft getreten iſt, zur Anwendung.

Nach Art. 10, Abſatz 2 dieſes Geſetzes dauert nun die Gewährleiſtung bei Verträgen über Veräußerungen der in demſelben genannten Haustiere, unter welchen ſich auch die Pferde befinden, 40 Tage, welche Friſt nach Art. 1 letztem Abſ. des Geſetzes vom Tag der Uebergabe des Kaufsobjekts an, dieſen Tag nicht mitgezählt, zu berechnen iſt, wenn die Gewähr von Fehlern, die im Art. 1, wo von den ſog. geſetzlichen Mängeln die Rede iſt, nicht erwähnt ſind, bedungen und dabei eine beſtimmte Gewährfriſt nicht feſtgeſetzt worden iſt. Unter den Fehlern des Art. 10, Abſ. 2 ſind, wie in der bayeriſchen Doktrin und Praxis, insbeſondere auch des oberſten Landesgerichts, anerkannt iſt, nicht bloß Fehler im engeren Sinn, d. h. Krankheiten oder eine ſonſtige fehlerhafte Beſchaffenheit des Thiers, ſondern auch die Mängel der zugeſicherten beſondern Eigenſchaften desſelben zu verſtehen. Dies wird aus dem Sprachgebrauch des Geſetzes, den Beſtimmungen des Art. 10, wonach auch auf vertragsmäßige Gewährleiſtungen das Geſetz anwendbar iſt, und aus der Abſicht desſelben, für das fragliche Rechtsgebiet einheitliche und erſchöpfende Beſtimmungen zu geben, abgeleitet [1]).

Nach Art. 9 des cit. Geſetzes, beziehungsweiſe nach Art. 75 des die Faſſung des Art. 9 abändernden bayer. Ausführungsgeſetzes zur C.P.O. [2]) iſt nun der Anſpruch auf Gewährleiſtung bei Verluſt desſelben ſpäteſtens innerhalb zwei Wochen nach

---

1) Lauk, Komm. zum bayer. Gewährl.Geſetz in Dollmann, Geſetzg. des Königr. Bayern I. 17, Völderndorff, Komm. zu dem cit. Geſ. 2. Aufl. S. 129, Entſch. des oberſten bayer. Landesgerichts in Seuffert, Bl für R.A. XXXVII. 130, XXXVIII. 354 (Plenarentſcheidung), XXXIX. 126, Entſch. des R.O.H.G. XIV. 344.

2) Zu vergl. württ. Arch. XXI. 71, n. 76, Völderndorf, l. c. S. 104, 14.

Ablauf der Gewährfrist, also, wenn es sich um Gewährleistung für eine zugesicherte Eigenschaft handelt, der Frist von 40 Tagen durch Klage oder Streitverkündung geltend zu machen.

Vorstehende Bestimmungen gelten, wie sich aus Art. 6 des bayerischen Gewährleistungsgesetzes und aus der Absicht des letztern, die Ansprüche des Erwerbers gegen den Veräußerer wegen physischer und psychischer Mängel umfassend zu regeln, ergibt, auch dann, wenn der Veräußerer zur Zeit des Vertragsabschlusses den Mangel gekannt hat, und es kann daher auch in diesem Fall nach Ablauf der oben erwähnten Fristen ein Anspruch auf Gewährleistung gegen den Veräußerer nicht mehr geltend gemacht werden [1]).

Die Geltendmachung des Mangels hat nun durch bestimmte Bezeichnung desselben in der Klage oder in der Streitverkündung zu erfolgen. Es genügt daher insbesondere nicht, daß im Allgemeinen ein Anspruch auf Gewährleistung erhoben wird, und es kann auch nicht, wenn innerhalb der Frist ein bestimmter Mangel geltend gemacht wird, nach Ablauf der Frist ein anderer Mangel zum Gegenstand des Anspruchs gemacht werden. Dieses ergibt sich daraus, daß das Gesetz für die verschiedenen Mängel verschiedene Gewährleistungsfristen festsetzt, und daß solches darin seinen Grund hat, daß hiedurch dem Veräußerer die Verteidigung gegen den Gewährleistungsanspruch ermöglicht und erleichtert werden soll [2]).

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte innerhalb der gesetzlichen Fristen, welche, da es sich hier um den angeblichen Mangel einer zugesicherten Eigenschaft handelt, Obigem zufolge im Ganzen 54 Tage betragen und daher vom 13. Mai, dem Tag der Uebergabe des fraglichen Pferds, an gerechnet am 6. Juli 1890 abgelaufen sind, nämlich am 24. Juni 1890 der Klägerin in dem Rechtsstreit zwischen ihm und dem Bauern

1) Entsch des obersten bayerischen Landesgerichts in Seuffert l. c XXVIII. 363, XXXVIII. 355 und in der Sammlung der Entsch. des obersten G.H. f. Bayern VI. 223, Lauk a. a. O. S 33, Völderndorff a a. O. S. 40, 106.

2) Entsch. des R.G. I. 100, Völderndorff a. a. O. S. 105.

Anton K. in Unterböbingen, an welchen der Beklagte jenes Pferd verkauft, und welchen er in diesem Rechtsstreit wegen Anerkennung des mit demselben abgeschlossenen Kaufvertrags belangt hat, den Streit verkündet. Ob diese Streitverkündung, welche durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem die Streitverkündung an die jetzige Klägerin erklärt wird, und einer Abschrift der schriftlichen Klage mit Terminbestimmung an die letztere erfolgt ist, der Vorschrift des § 70 C.P.O. entspricht, wonach als wesentlicher Teil des Schriftsatzes, durch dessen Zustellung die Streitverkündung zu geschehen hat, unter anderem die Angabe des Grunds der letztern, d. h. des Rechtsgrunds, aus welchem ein Anspuch auf Gewährleistung gegen den Dritten erhoben wird (§ 69), bezeichnet ist, kann dahingestellt bleiben. Denn nimmt man auch an, daß dieser Rechtsgrund aus dem Inhalt der der Streitverkündung angeschlossenen Abschrift der Klage gegen K. zu entnehmen sei, so beschränkt sich doch die letztere auf die Anführung, daß der Kläger (W.) dem Beklagten (K.) in dem mit diesem über das fragliche Pferd abgeschlossenen Kaufvertrag unter anderem für „schweren Zug" garantiert, und daß K. das Pferd dem W. zurückgegeben habe, weil es nicht im schweren Zug gehe. Hienach hat W. bei der Streitverkündung an die jetzige Klägerin als Grund, aus welchem er einen Anspruch auf Gewährleistung gegen dieselbe erheben will, jedenfalls nur den von K. gerügten Mangel des Pferds, daß dasselbe sich nicht für schweren Zug eigne, bezeichnet. Durch die Streitverkündung sind daher Obigem zufolge die gesetzlichen Fristen nur dann gewahrt, wenn die Gewährleistung für „gut im Zug" mit der in dem Vertrag zwischen den Parteien bedungenen Gewährleistung für „gut im Zug" gleichbedeutend ist.

Es ist nun aber als eine erfahrungsgemäße Thatsache anzusehen, daß ein Pferd, welches vermöge seines Alters, des dadurch bedingten Mangels an Uebung und seiner Körperbeschaffenheit sich zum Zug von leichter beladenen Wagen eignet, nicht ohne weiteres zu schwerem Zug, d. h. zum Zug schwer beladener Wagen tüchtig ist, und daß auf der andern Seite

auch nicht jedes zu letzterem geeignete Pferd zu leichtem Zug verwendet werden kann. Insbesondere deckt sich der Ausdruck: „gut im Zug" nicht ohne weiteres mit dem Ausdruck: „zu schwerem Zug geeignet", bei einem Pferd, welches, wie das in Rede stehende, noch jung und, wie die Sachverständigen Ostertag und Bonnet in dem Vorprozeß angegeben haben, nicht gut eingefahren ist, und zwar auch dann nicht, wenn die Parteien bei dem Vertragsabschluß davon ausgegangen sein sollten, daß das den Gegenstand desselben bildende Pferd sich zum landwirtschaftlichen Betrieb eigne. Daß auch die Parteien jene beiden Ausdrücke nicht als gleichbedeutend angesehen haben, erhellt daraus, daß sie als Sachverständige (beide treiben gewerbsmäßig den Pferdehandel) in dem von ihnen geschlossenen Vertrag die Garantie für „gut im Zug" aufgenommen haben, der Beklagte aber in dem Kaufvertrag mit K. Garantie für „schweren Zug" geleistet hat, welch letzteren Ausdruck zu wählen, er keinen Anlaß gehabt hätte, wenn jene Garantie auch die für die letztere Eigenschaft in sich geschlossen haben würde.

Hienach ist auf den Beweisantritt des Beklagten dafür, daß nach dem in der Gegend sowohl von Donauwörth und Heinsfahrt, an welch letzterem Ort sich die Handelsniederlassung der Klägerin befindet, als von Gmünd, wo der Beklagte wohnt, herrschenden Sprachgebrauch die Garantie für „gut im Zug" bei einem Arbeitspferd die gleiche Bedeutung habe, wie die Garantie für „schweren Zug", mit Sachverständigen nicht einzugehen, da diese Frage vom Gericht unter Berücksichtigung der besondern Umstände zu beurteilen ist.

Enthält aber die Garantie für „gut im Zug" die Gewährleistung für eine andere Eigenschaft des Pferds, als die Garantie für „schweren Zug", so hat Obigem zufolge der Beklagte die gesetzliche Frist zur Geltendmachung des Mangels der ihm von der Klägerin in dem Kaufvertrag vom 13. Mai 1890 zugesicherten Eigenschaft des Pferds durch die Streitverkündung nicht gewahrt, und es ist daher der Beklagte, da die Geltendmachung jenes Mangels im vorliegenden Rechtsstreit erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist erfolgt ist, seines An-

ſpruchs auf Gewährleiſtung gegen die Klägerin verluſtig gegangen. Der Beklagte kann daher der Klage auf Bezahlung des Kaufpreiſes für das fragliche Pferd nicht mehr die Einwendung entgegenhalten, daß er wegen des von ihm gerügten Mangels Aufhebung des genannten Kaufvertrags zu verlangen berechtigt ſei, und ebenſowenig Anſpruch auf Erſatz ſeines Schadens und entgangenen Gewinns erheben."

Urteil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 9. Juli 1891 in Sachen W. gegen Sch.

54.

Regreßklage wegen unrichtiger amtlicher Beurkundung der Vermögens- und Kreditverhältniſſe.

Der Mehlhändler Louis Th. von B. fragte mit Schreiben vom 2. April 1889 bei dem Kläger an, ob dieſer ihm nicht monatlich ein beſtimmtes Quantum Mehl zahlbar nach zwei Monaten liefern könne. Der Kläger richtete hierauf folgendes Schreiben an das Stadtſchultheißenamt B.: „Unterzeichneter erlaubt ſich hiemit ein wohllöbliches Stadtſchultheißenamt um gefällige Auskunft über die Vermögensverhältniſſe des dortigen Mehlhändlers L. Th. zu bitten, und ob demſelben mit Ruhe ein Kredit von 1000 M. eingeräumt werden kann."

Auf dem Rand dieſes Schreibens wurde von dem Stadtſchultheißenamt B., unterzeichnet von dem Stadtſchultheißen N., folgende Beurkundung beigeſetzt: „Th. iſt in geordneten Vermögensverhältniſſen und kann ihm in Ruhe nebiger Kredit eingeräumt werden."

Der Kläger lieferte nun im Laufe des Jahres 1889 dem Th. Mehl im Betrag von 1716 M. 25 Pf., woran der letztere im Rückſtand blieb mit 593 M. 75 Pf.

Am 2. Nov. 1889 wurde das Konkursverfahren gegen Th. eröffnet und es fiel der Kläger in demſelben mit 585 M. 44 Pf. an ſeiner reſtlichen Kaufpreisforderung durch. Der Kläger er-

hob nun gegen den Stadtschultheißen N. Klage auf Ersatz dieses Ausfalls, welche darauf gestützt wurde, daß der letztere, wenn auch nicht dolos, so doch fahrläßiger Weise ihm obige Auskunft erteilt habe.

Diese Klage wurde aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Dem Kläger ist zwar darin beizutreten, daß die Erklärung, welche Beklagter am 6. April 1889 über die Vermögensverhältnisse und Kreditfähigkeit des L. Th. abgegeben hat, nicht als eine private Auskunft, sondern als eine amtliche Beurkundung sich darstellt, wie sie sich auch ausdrücklich als eine vom „Stadtschultheißenamte" ausgehende kundgibt. Für diese in amtlicher Eigenschaft vorgenommene Handlung hat daher der Beklagte, mag nun dieselbe an sich in den Kreis seiner Amtsthätigkeit fallen oder nicht, nach den Grundsätzen über Haftung wegen Verletzung der Amtspflicht einzustehen. Gleichwohl kann der erhobene Regreßanspruch nicht als begründet erkannt werden, weil die wesentliche Voraussetzung der Haftpflicht, nemlich der Nachweis pflichtwidrigen Verhaltens, nach den Umständen nicht als zutreffend zu erachten ist.

Es kann hiebei dahingestellt bleiben, ob der Inhalt jener Erklärung des Beklagten schon zur Zeit ihrer Ausstellung im Widerspruche mit der wirklichen Vermögenslage des Th. stand. Nimmt man auch mit dem Kläger an, daß dies in der That der Fall war, daß also die im Konkurse zu Tage getretene Ueberschuldung thatsächlich schon zur Zeit des 6. April 1889 eingetreten war, so liegt doch kein Grund zu der Annahme vor, daß dieser Stand der Dinge schon damals dem Beklagten erkennbar gewesen wäre. Aus dem ganzen vorliegenden Material ist nirgends ein Anzeichen dafür zu entnehmen, daß schon im Frühjahre 1889 der bevorstehende Zusammenbruch sich nach außen für Dritte bemerklich gemacht hätte.

Das Geschäft des Schuldners stand damals noch in ungestörtem Betrieb, sein Kredit in der Geschäftswelt war, soweit sich erkennen läßt, zu jener Zeit noch nicht erschüttert und auch sonst lagen verdächtige Umstände, wie solche bei unsicherer Solvenz oder herannahender Zahlungseinstellung einzutreten pflegen:

Schuldklagen, Zwangsvollstreckungen, Wechselproteste und dergl. nicht vor, sind jedenfalls vom Kläger selbst nicht behauptet.

Nach außen lagen sonach, wie anzunehmen, die Geschäfts- und Kreditverhältnisse Th.'s so, daß zu dem Verdachte ungeordneter Vermögensumstände, beziehungsweise mangelnder Kreditwürdigkeit ein Anlaß nicht gegeben war. Aber auch nach innen war die Vermögenslage Th.'s, soweit sie überhaupt für einen Dritten erkennbar war, nicht derart beschaffen, daß sie die Besorgnis rechtfertigen konnte, es werde die Gewährung eines Kredits in Höhe von 1000 M. zu einer Schädigung des Gläubigers führen. Aus dem Güter-, beziehungsweise Unterpfandsbuch konnte der Beklagte entnehmen, daß einem auf obrigkeitlicher Schätzung beruhenden Liegenschaftswert von 13 200 M. eine Hypothekensumme von 10 000 M. gegenüberstand; er durfte also, zumal da die Hypotheken im Besitze der nächsten Angehörigen des Schuldners waren, von denen ein zwangsweiser Angriff nicht wohl zu befürchten war, in Rechnung nehmen, daß selbst bei Berücksichtigung der Möglichkeit, daß der Anschlagspreis nicht voll erzielt würde, schon aus der Liegenschaft sich ein Ueberschuß ergebe, der immerhin für einen Schuldposten von 1000 M. eine ausreichende Deckung biete. Daß nun dieser Ueberschuß wieder durch die Unzulänglichkeit des sonstigen, im Geschäftsbetriebe angelegten Vermögens absorbiert würde, konnte der Beklagte nicht ohne weiteres unterstellen.

Da er selbst einen näheren Einblick in den Stand des Geschäftsvermögens und speziell der Passiven nicht hatte und sich solchen auch nicht aus den ihm amtlich zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen verschaffen konnte, andererseits aber die Thatsache vorlag, daß der Geschäftsbetrieb des Schuldners äußerlich ein geordneter und normaler war, so hatte er auch keinen Grund, gleichwohl das Vorhandensein einer geschäftlichen Unterbilanz oder einer sonstwie kritischen Geschäftslage des Schuldners vorauszusetzen.

Auch die dem Beklagten amtlich bekannt gewordenen Schuldposten des Th., nämlich die Beibringensforderung seiner Ehe-

frau und der erst nach Ableben seiner Mutter zahlbare Posten von 4000 M. waren, da deren Realisierung nicht zu besorgen stand, nicht von der Art, daß sie zu einer für den Schuldner ungünstigen Beurteilung seiner Kreditfähigkeit führen mußten, zumal da ihnen andererseits der Wert der vorhandenen Fahrnis und Geschäfts-Aktiva gegenüberstand. Und wenn endlich vom Kläger unter Eideszuschiebung geltend gemacht worden ist, Beklagter habe zur fraglichen Zeit gewußt, daß Th. nicht einmal seine Mehlschulden zu bezahlen im Stande gewesen sei, so ist diese Behauptung einerseits zu unbestimmt, um als Gegenstand einer Eidesauflage dienen zu können; sie ist andererseits aber — jedenfalls in dieser Allgemeinheit — auch nicht richtig, da Th. selbst nach dem 6. April 1889 bedeutende Zahlungen für Mehllieferungen, speziell an den Kläger selbst, gemacht hat.

Hätte übrigens auch der Beklagte gewußt, daß Th. dem einen oder anderen seiner Mehllieferanten gegenüber in Rückstand geraten sei, so konnte eine solche Zahlungsstockung, welche vorübergehend auch bei geordnetem Geschäftsbetriebe eintreten kann, nicht sofort als Anzeichen ernstlich gefährdeter Solvenz des Schuldners betrachtet werden.

Nach dem Ausgeführten ist dem Beklagten nicht zu widerlegen, daß er zur Zeit des 6. April 1889 die Vermögensverhältnisse des Th. als geordnete und in beschränktem Maße kreditwürdige ansehen konnte, ohne damit dem Vorwurfe pflichtwidrigen Verhaltens zu verfallen.

In Frage kann daher nur kommen, ob den Beklagten nicht wenigstens insofern ein begründeter Vorwurf trifft, als er sich überhaupt auf eine amtliche Aeußerung über die Kreditwürdigkeit eines Dritten einließ, von dessen Vermögenslage er nach seiner eigenen Darstellung keine nähere Kenntnis, sondern nur eine auf subjektives Ermessen gegründete Ansicht hatte. Dieser Vorwurf, den der Kläger in der That gegen den Beklagten erhoben hat, hätte nun zwar möglicherweise dann Berechtigung, wenn es sich um eine Thatsache gehandelt hätte, die äußerlich bestimmt erkennbar war, und über die daher

auch von einem Dritten eine zuverläſſige, objektiv begründete Auskunft erwartet werden durfte.

In Wahrheit handelte es ſich aber nur um ein allgemeines Urteil über die Kreditwürdigkeit eines Dritten, ſonach um ein Urteil, das regelmäßig nur durch eine Reihe von ſchwankenden Berechnungen, Vermutungen und Schlußfolgerungen vermittelt werden kann und deshalb ſchon nach der Natur ſeines Gegenſtandes keine abſolute Gewähr für die Richtigkeit des auf dieſem Wege gewonnenen Ergebniſſes liefern kann.

Von dieſer Anſchauung mußte auch der Kläger ſchon bei Stellung ſeiner Anfrage ausgehen; er mußte ſich ſagen, daß das Maß der Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns ohne eingehende Prüfung der geſamten Geſchäfts- und Vermögenslage desſelben überhaupt nicht mit Sicherheit beurteilt werden könne; daß alſo auch der Beklagte, da ihm eine ſolche Prüfung weder zuzumuten, noch auch nur möglich war, nicht gemeint ſein könne, für das Ergebnis ſeiner Ermittlungen und das hierauf gegründete Gutachten eine unbedingte Auktorität in Anſpruch zu nehmen.

Durfte daher der Beklagte darauf rechnen, daß ſeine Antwort vom Kläger ſelbſt nur in dieſem Sinne und mit dieſem Vorbehalte verſtanden werden würde, ſo kann ihm auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn er ohne eingehende Kenntnis der einſchlägigen Verhältniſſe, aber nach beſtem Wiſſen und unter Verwendung der ihm zu Gebote ſtehenden Erkenntnismittel ſein Urteil abgegeben und dabei unterlaſſen hat, dasſelbe noch mit einem ausdrücklichen Vorbehalte zu umgeben.

Eine Verletzung der gebotenen Vorſicht und Sorgfalt iſt ſonach in dem Verhalten des Beklagten nicht erkennbar und es erſcheint deshalb ſchon aus dieſem Grunde der klägeriſche Erſatzanſpruch als unbegründet, ohne daß es noch einer Prüfung ſeiner weiteren Vorausſetzungen bedürfte."

Urteil des O.L.G. II. Sen. vom 2. April 1891 in Sachen R. gegen B.

Die Reviſion gegen dieſes Urteil wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 28. Sept. 1891 zurückgewieſen.

55.

Zulässigkeit der Uebertragung der Ansprüche aus einer Dienstmiete und der Klage auf Erfüllung eines Dienstmietevertrags gegen den Vermieter. Einseitige vorzeitige Aufhebung einer Dienstmiete aus wichtigen Gründen.

Zufolge Vertrags vom 13. Januar 1889 wurde der Kläger von der Aktiengesellschaft Pulverfabrik Rottweil-Hamburg als Direktor der chemischen Abteilung derselben auf die Dauer von 10 Jahren vom 15. Januar 1889 ab mit einem jährlichen Einkommen von 20 000 M., bestehend in einem festen Gehalte von 12 000 M. und einer Minimaltantième von 8000 M., angestellt. In der Generalversammlung der Aktionäre jener Gesellschaft vom 28. Juni 1890 wurde beschlossen, die letztere durch Vereinigung mit der Aktiengesellschaft Vereinigte Kölu-Rottweiler Pulverfabriken in Köln aufzulösen, und dieser Beschluß sofort vollzogen und in das Handelsregister eingetragen.

Der Kläger weigert sich nun, das Dienstverhältnis mit der letzteren Gesellschaft fortzusetzen, erhob aber gleichwohl gegen dieselbe als Rechtsnachfolgerin der Aktiengesellschaft Pulverfabrik Rottweil-Hamburg Klage auf Entrichtung obiger 20 000 M. bis zum Ablauf der vertragsmäßig festgesetzten Dienstzeit. Die Beklagte bestritt ihre Verbindlichkeit, solange der Kläger sich weigere, ihr die in jenem Vertrage bestimmten Dienste zu leisten, erklärte sich übrigens nicht nur bereit, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger fortzusetzen, sondern sie erhob auch Widerklage gegen den Kläger auf Fortsetzung dieses Verhältnisses.

Die Klage wurde abgewiesen; dagegen der Kläger gemäß dem Antrag in der Widerklage verurteilt.

Bezüglich der Klage wird in den Gründen ausgeführt:

„Nach den Grundsätzen über die Dienstmiete, welche für den Dienstvertrag des Klägers vom 13. Januar 1889 maßgebend sind, hat der Vermieter nur für die von ihm geleisteten Dienste einen Anspruch auf das Entgelt, und er kann solches auch dann nicht beanspruchen, wenn ihm die Dienstleistung durch

einen Zufall unmöglich geworden ist. Dagegen ist derselbe, wenn ihm durch ein Verschulden des Vermieters die Leistung der Dienste unmöglich gemacht worden ist, oder wenn er zur Leistung der Dienste im stand und bereit, der Mieter aber ohne Verschulden des Vermieters verhindert ist, von den Diensten Gebrauch zu machen oder von solchen keinen Gebrauch machen will, ohne vorgängige Dienstleistung berechtigt, seinen Lohn zu verlangen, soweit er seine Dienste nicht an Andere vermietet hat [1]).

Im vorliegenden Fall ist nun der Kläger nicht mehr im stande, seine Dienste seiner Mitkontrahentin, der Aktiengesellschaft Pulverfabrik Rottweil-Hamburg, zu leisten, weil diese durch ihre Vereinigung mit der Aktiengesellschaft Vereinigte Köln-Rottweiler Pulverfabriken zu bestehen aufgehört hat. Dagegen ist letztere als Rechtsnachfolgerin der ersteren nicht nur bereit, den Dienstvertrag des Klägers zu erfüllen, sondern sie hat eine auf Fortsetzung dieses Vertrags gerichtete Widerklage gegen den Kläger erhoben. Auch ist dieselbe nicht gehindert, von den Diensten des Klägers Gebrauch zu machen. Der Kläger verweigert aber, seine Dienste der neuen Gesellschaft zu leisten. Derselbe kann daher die für seine Dienste bedungene Vergütung nur fordern, wenn ihm die Dienstleistung durch die Schuld seiner Mitkontrahentin unmöglich gemacht worden ist, da in diesem Fall die Aktiengesellschaft Vereinigte Köln-Rottweiler Pulverfabriken in die Verbindlichkeit jener Mitkontrahentin zur Entrichtung der gedachten Vergütung einzutreten hat.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen können nun Ansprüche aus Verträgen, daher auch aus Dienstverträgen an Andere übertragen werden, soweit nicht die Vertragserfüllung gegenüber den letzteren nur mit einer dem Schuldner nachteiligen Veränderung des Leistungsinhalts möglich ist [2]).

---

1) Windscheid, Pand. II. § 401. Mommsen, Beitr. I. 352 ff, 362. Entscheid. des R.G. III. 181.

2) Windscheid, Pand. II. § 335, Z 1. b) Entwurf eines B.G.B. § 295, Abs. 1. Mot. II. 121. 457. Entscheid des R.O.H.G. XVIII. 374, Entscheid. des R.G. in Seuffert's Arch. XLV. N. 177.

Hat daher die Abtretung des Anspruchs aus einem Vertrag diese nachteilige Veränderung zur Folge, und ist mit dieser Abtretung zugleich das Aufhören der Existenz des abtretenden Gläubigers verbunden, wie solches im vorliegenden Falle zutrifft, so ist dem Schuldner durch die Schuld jenes Gläubigers die Erfüllung des Vertrags unmöglich gemacht. Denn die Leistung des Schuldners unter Verhältnissen, welche für denselben nachteiliger sind, als wenn an den abtretenden Gläubiger geleistet wird, ist nicht Erfüllung des Vertrags, sondern eine andere Leistung und der abtretende Gläubiger handelt vertragswidrig gegen seinen Schuldner, wenn er in jenem Fall von demselben die Erfüllung des Vertrags gegenüber dem Cessionar verlangt.

Der Anspruch des Klägers auf die vertragsmäßige Vergütung für seine Dienste an die Aktiengesellschaft Vereinigte Köln-Rottweiler Pulverfabriken, welcher auf die Behauptung gestützt wird, daß die Uebertragung seiner Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag vom 13. Januar 1889 an die letztere Gesellschaft unzulässig sei, weil deren Verhältnisse wesentlich andere seien, als die Verhältnisse der Gesellschaft, mit welcher er kontrahiert hat, und daß ihm daher durch jene Uebertragung und das gleichzeitig hiemit verbundene Aufhören der Existenz der alten Gesellschaft die Leistung seiner Dienste unmöglich gemacht worden sei, ist hienach nur dann begründet, wenn das Vertragsverhältnis infolge des Eintritts der neuen Gesellschaft in dasselbe eine für den Kläger nachteilige Aenderung erleidet. Letzteres ist aber, da, wie der vorige Richter mit Recht angenommen hat, die Persönlichkeit des Gläubigers, welcher eine Aktiengesellschaft ist, bei dem Wechsel der Personen, welche dieselbe zu vertreten haben, nicht in Betracht kommt, dann der Fall, wenn die Leistungen des Klägers und des Dienstherrn sich in Folge des Wechsels des letzteren für den ersteren nachteilig gestalten.

Daß nun der Gegenstand der Dienste des Klägers und der Ort ihrer Leistung so wenig, als der Umfang der Verpflichtung des Klägers aus § 7 des Dienstvertrags durch die

Uebertragung der Ansprüche aus demselben an die neue Gesellschaft sich in nachteiliger Weise für den Kläger geändert hat, ist von dem vorigen Richter dargelegt worden, und es kann auf dessen zutreffende Gründe, welche der Kläger durch seine gegenteilige Ausführungen nicht widerlegt hat, verwiesen werden.

Aber auch die Verpflichtungen des Dienstherrn gegenüber dem Kläger haben keine diesem nachteilige Aenderung erlitten. Wenn der Kläger behauptet, daß er nach § 18, Abs. 3, Ziffer 2 der Statuten der alten Gesellschaft nur durch den Aufsichtsrat, nach § 16 der Statuten der neuen Gesellschaft aber durch den Generaldirektor entlassen werden könne, so ist hiegegen beklagtischer Seits mit Recht bemerkt worden, daß der Kläger nach seinem Dienstvertrage kein Recht auf den erstern Modus der Entlassung gehabt habe, und daß auch die alte Gesellschaft jeder Zeit ihre Statuten dahin hätte abändern können, daß die Entlassung von Bediensteten der Kategorie des Klägers durch den Generaldirektor zu geschehen habe.

Der Kläger macht sodann geltend, daß er nach seinem Dienstvertrag einen Anspruch auf eine Minimaltantième habe, eine Erhöhung derselben daher besonderer loyaler Vereinbarung vorbehalten gewesen sei und hiebei das persönliche Vertrauen auf die Loyalität des ursprünglichen Kontrahenten in Betracht komme. Allein dieses Vertrauen konnte für den Kläger bei Abschluß des Vertrags darum nicht maßgebend sein, weil er einen Wechsel derjenigen Personen, welche die Höhe der Tantième zu regeln hatten, bei einer Aktiengesellschaft jeder Zeit in Aussicht nehmen mußte.

Betreffend die Aufstellung des Klägers, daß es für die zu verabredende Erhöhung der Tantième keineswegs gleichgültig sei, ob es sich um die Bilanz der alten oder der neuen Gesellschaft handle, ist zu bemerken, daß auch die Bilanz der alten Gesellschaft sich infolge der Aenderung der Betriebsleitung oder der Konjunkturen des Geschäftszweigs in gleicher Weise ungünstig hätte gestalten können, wie dies bei der neuen Gesellschaft möglich ist.

Das Vorbringen des Klägers endlich, daß die Dividende

um so kleiner werde, je mehr das Kapital anwachse, und daß daher wegen des höheren Aktienkapitals der neuen Gesellschaft der Prozentsatz der Tantième des Klägers herabgedrückt werde, beruht auf einer nicht regelmäßig zutreffenden Vermutung und ist überdem darum unerheblich, weil auch die alte Gesellschaft die Erhöhung des Aktienkapitals hätte beschließen können.

Der vorige Richter hat daher den Anspruch des Klägers auf Entrichtung von Gehalt und Tantième für diejenige Zeit, während welcher derselbe die Leistung seiner Dienste gegenüber der neuen Gesellschaft verweigert, mit Recht für unbegründet erklärt."

Bezüglich der Widerklage führen die Gründe aus:

„Ohne Grund wird von dem Kläger die Zulässigkeit der Widerklage beanstandet, sofern ein Zwangsurteil gegen den Vermieter der Dienste darum nicht erlassen werden könne, weil derselbe, sobald der Prinzipal behaupte, der Bedienstete verabsäume die ihm durch das Urteil auferlegten Pflichten, Zwangsvollstreckung seitens des Gerichtsvollziehers oder in Form von Geldstrafen zu gewärtigen habe. Denn, wie sich aus § 774 Civilprozeßordnung ergibt, gestattet das Gesetz mit Ausnahme des in Absatz 2 dieses Paragraphen erwähnten Falls die Zwangsvollstreckung wegen aller ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängenden Handlungen, welche nicht durch einen Dritten vorgenommen werden können, zu welcher Kategorie die Dienstleistung des Klägers gehört, durch Anordnung der daselbst bezeichneten Zwangsmittel, und es besteht auch in der Praxis kein Streit über die Zulässigkeit der Verurteilung zur Erfüllung eines Dienstvertrags.

Von der Doktrin und Rechtsprechung wird aus den gesetzlichen Bestimmungen über die vorzeitige einseitige Aufhebung der Sachenmiete und anderer ähnlicher Vertragsverhältnisse, welche auf eine bestimmte Zeit eingegangen worden sind, und aus dem den Dienstmietvertrag beherrschenden Prinzip der bona fides der Grundsatz abgeleitet, daß dieser Vertrag vor Ablauf der festgesetzten Zeit aus wichtigen Gründen einseitig aufgelöst werden könne, womit auch die Bestimmung des Art. 62

H.G.B. über die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen durch jeden Kontrahenten im Einklange steht [1]).

Man kann nun dahingestellt sein lassen, ob ein richtiger Grund zur vorzeitigen Aufhebung des Dienstmietevertrags vorliege, auch wenn ohne eine Pflichtversäumnis des andern Teils eine wesentliche Aenderung der bei Eingehung des Vertrags mutmaßlich gewürdigten Umstände eintritt [2]), oder nur dann, wenn Umstände eintreten, unter welchen vom Standpunkte der Billigkeit aus dem einen Kontrahenten die fernere Aushaltung des Vertrags nicht zugemutet werden dürfe und diese Umstände in dem Verhalten des Mitkontrahenten oder in seinen persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften ihren Grund haben [3]).

Denn der hiefür beweispflichtige Kläger hat nicht dargethan, daß die zur Zeit des Abschlusses des Dienstvertrags vorliegenden Verhältnisse sich so wesentlich geändert haben, daß dem Kläger die Erfüllung des Vertragsverhältnisses vom Standpunkt der Billigkeit aus nicht zugemutet werden kann.

Zunächst ist davon auszugehen, daß die Aenderung jener Verhältnisse, welche in der alleinigen Thatsache liegt, daß an die Stelle der ursprünglichen Mitkontrahentin des Klägers die Aktiengesellschaft Vereinigte Köln-Rottweiler Pulverfabriken getreten ist, zur einseitigen Auflösung des Dienstverhältnisses des Klägers nicht genügt. Denn andernfalls wäre der Grundsatz, daß Ansprüche aus Dienstverträgen abgetreten werden können, wenn die Erfüllung in der Person eines Anderen keine für den Schuldner nachteilige Veränderung des Leistungsinhalts zur Folge hat, illusorisch, da ja der Schuldner die gesetzlich zulässige Abtretung jener Ansprüche stets durch die Erklärung des Rücktritts vom Vertrag wegen Aenderung der Person des Gläubigers vereiteln könnte. Vielmehr ist der einseitige Rück-

1) Windscheid, Pand. II. § 402 bei und in N. 10a. Entw. des B.Ges.B. § 66, Mot II. 469. Entscheid. des R.G in Seuffert's Arch. XXXVII. N. 109. Entsch. des R.G. XXIII. 167.

2) Zu vergl. die Motive zum B.G.B. l. c.

3) Zu vergl. Entscheid. des R.G. XXIII. 167.

tritt vom Vertrag dem Kläger nur zu gestatten, wenn, abgesehen von der letzteren Aenderung, die Verhältnisse zur Zeit des Vertragsabschlusses sich mit dem Eintritt der neuen Gesellschaft in das Vertragsverhältnis so wesentlich geändert haben, daß der Kläger, wenn diese Aenderungen während der Dauer des Dienstverhältnisses zu der ursprünglichen Mitkontrahentin des Klägers eingetreten wären, das Recht gehabt hätte, dasselbe einseitig aufzulösen, oder aber daß, wenn die veränderten Verhältnisse schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorgelegen hätten, anzunehmen wäre, es würde der Kläger den Vertrag nicht eingegangen haben.

Zunächst kann dem Kläger deshalb, weil der Dienstvertrag desselben auf eine längere Reihe von Jahren abgeschlossen worden ist und seine Dienstleistungen hoch gewertet worden sind, nicht das Recht zugestanden werden, das Vertragsverhältnis auch aus weniger erheblichen Gründen vorzeitig aufzulösen. Denn es hat die Gegenkontrahentin des Klägers gerade mit Rücksicht auf jene Verhältnisse ein Interesse daran, daß die festgesetzte Dauer des Vertrags eingehalten werde, wenn nicht wichtige Gründe für dessen Aufhebung vorliegen.

Wenn es sodann auch richtig ist, daß sich verschiedene denselben Zweck verfolgende Aktiengesellschaften bezüglich der Solidität, des Geschäftsgebahrens, der Kreditwürdigkeit unterscheiden können und jede Aktiengesellschaft eine bestimmte vermögensrechtliche Persönlichkeit ist, so hat doch der Kläger nicht behauptet und noch weniger dargethan, daß die Verhältnisse der neuen Aktiengesellschaft, mit welcher er das seitherige Dienstverhältnis fortsetzen soll, in vermögensrechtlichen und in den andern hervorgehobenen Beziehungen ungünstiger liegen, als die Verhältnisse der alten Gesellschaft. Dies kann insbesondere auch nicht aus der Thatsache gefolgert werden, daß der Kurswert der Aktien der neuen Gesellschaft seit der Vornahme der Fusion erheblich gesunken ist. Denn erfahrungsgemäß beruht der Kurswert solcher Aktien auf den verschiedenartigsten, von dem inneren Wert eines Unternehmens häufig ganz unabhängigen Umständen.

Ebensowenig durfte der Kläger bei Eingehung des Dienstvertrags auf die organische Weiterentwicklung der alten Gesellschaft unter Beibehaltung der bisherigen Produktions- und Arbeitskräfte und ihrer individuellen Vermögenspersönlichkeit (Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Grundkapitals, kaufmännischer Ruf und Erfolg, Kreis der Aktionäre, Höhe der bisher verteilten Dividende) rechnen. Denn alle diese Verhältnisse konnten sich, auch abgesehen von einer Fusion, bei der alten Gesellschaft ändern, indem diese nicht gehindert war, den Gegenstand ihres Unternehmens auf diejenigen Geschäftszweige, welche von der neuen Gesellschaft betrieben werden, auszudehnen und das Aktienkapital zu erhöhen, und indem ein Wechsel der maßgebenden Persönlichkeiten, welche den Geschäftsbetrieb zu leiten haben, und der Eintritt ungünstiger Konjunkturen das Gedeihen und die Größe der Dividende der Gesellschaft jederzeit nachteilig beeinflussen konnten. Aber auch den Gedanken an eine Fusion der alten Gesellschaft mit einer andern durfte sich der Kläger bei Eingehung des Vertrags nicht fernhalten, da jeder Aktiengesellschaft bei Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen die Vornahme einer solchen Fusion zusteht und da überdem der § 14, lit. b. der Statuten der alten Gesellschaft die Fusion der Gesellschaft der Beschlußfassung durch eine Mehrheit von $^3/_4$ des in der Generalversammlung vertretenen Aktienkapitals vorbehält.

Wenn ferner darauf hingewiesen wird, daß der Kläger ein rein individuelles Vertrauensinteresse daran gehabt haben könne, mit der Aktiengesellschaft Pulverfabrik Rottweil-Hamburg zu kontrahieren, nicht aber mit der neuen Gesellschaft, so sind solche bloße Möglichkeiten ohne jede thatsächliche Grundlage bei Beurteilung der Frage, ob ein Grund zur vorzeitigen Aufhebung des Vertrags vor Ablauf der bedungenen Zeit vorhanden sei, nicht zu berücksichtigen.

Weiter wird darauf Gewicht gelegt, daß die Stellung des Klägers in dem Gesamtorganismus der neuen Gesellschaft sich verschlechtern würde, sofern derselbe seither Vorstand des Centrallaboratoriums gewesen sei und unmittelbar mit dem Di-

rektor der Gesellschaft, welche ihren Sitz am Wohnort des Klägers gehabt habe, habe verkehren können, während solches jetzt ausgeschlossen sei, da die neue Gesellschaft ihren Sitz in Köln habe. Auch müsse der Kläger gewärtigen, daß er auf eine der in größerer Anzahl vorhandenen bedeutenderen und kleineren Fabriken der neuen Gesellschaft versetzt werde, während die alte Gesellschaft nur eine bedeutende Zweigniederlassung gehabt habe, auf die der Kläger hätte versetzt werden können. Allein der vorige Richter hat aus Anlaß der Würdigung der Uebertragbarkeit der Verpflichtungen des Klägers aus dem Dienstvertrag mit Recht darauf hingewiesen, daß der Kläger sich nach seinem Dienstvertrag die bleibende Versetzung auf eine andere Geschäftsniederlassung, und zwar auch auf neu zu errichtende oder auf erweiterte seitherige Niederlassungen, gefallen lassen mußte. Es hätte daher der Kläger auch gegen die alte Gesellschaft keinen Anspruch auf vorzeitige Lösung des Vertrags gehabt, wenn eine solche Versetzung desselben erfolgt wäre, welche den unmittelbaren Verkehr des Klägers mit der Direktion abgeschnitten oder dessen geschäftliche Stellung herabgemindert hätte.

Lag aber die Möglichkeit einer solchen Versetzung des Klägers schon nach dem Dienstvertrage mit der alten Gesellschaft vor, so beweist dies, daß der Kläger bei Eingehung desselben hierauf kein Gewicht gelegt hat.

Daß ferner auch bezüglich des Gegenstands der Dienste des Klägers und des Umfangs der Verpflichtungen desselben aus § 7 des Dienstvertrags durch den Eintritt der neuen Gesellschaft in den letztern keine wesentliche Aenderung der Verhältnisse gegenüber der Sachlage während des Bestehens der alten Gesellschaft stattfindet, ergibt sich gleichfalls aus der vom vorigen Richter aus obigem Anlaß gegebenen Ausführung.

Endlich ist hinsichtlich der Erschwerung der Entlaßbarkeit des Klägers nach der Bestimmung der Statuten der alten Gesellschaft gegenüber den Statuten der neuen Gesellschaft und hinsichtlich der angeblich ungünstigen Gestaltung des Anspruchs des Klägers auf die Minimaltantième auf das oben Bemerkte

zu verweisen und nur noch beizufügen, daß es sich überhaupt jeder Beurteilung entzieht, ob in letzterer Beziehung eine dem Kläger nachteilige Aenderung der Verhältnisse bei der neuen Gesellschaft eintreten werde, da einesteils die Erhöhung der Tantième nach der Behauptung des Klägers besonderer loyaler Vereinbarung der Kontrahenten vorbehalten worden ist, andererseits die Größe der Tantième vom Ergebnis des Geschäftsbetriebs, welches auch bei der alten Gesellschaft ein unsicheres gewesen ist, abhängt und daher der Anspruch des Klägers auf eine höhere Tantième überhaupt kein bestimmtes Vermögensrecht darstellt.

Die einseitige Auflösung des Dienstvertrags durch den Kläger vor Ablauf der festgesetzten Zeit ist daher nicht begründet.

Urteil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 1. Okt. 1891 in Sachen Leonhard g. Aktiengesellschaft Vereinigte Köln-Rottweiler Pulverfabriken.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

9.

Verfehlungen gegen das Reichsgesetz, betr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen, vom 23. Juni 1880.

(Verfügung des K. Ministeriums des Innern, betr. Maßregeln zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche, vom 26. Januar 1889, Reg.-Bl. S. 10.)

a. Urt. v. 23/30. Oktober 1889 gegen Fr. B. von B. (U. 239, 1889.)

Das Berufungsgericht hatte auf Grund der von ihm getroffenen Feststellungen angenommen, daß der Angeklagte in

zwei Fällen sich dadurch gegen § 66, Ziff. 4 des Reichs-Viehseuchengesetzes verfehlt habe, daß er als Viehhändler, welcher in Ausübung seines Gewerbebetriebs Rindvieh aus einer Gemeinde in eine andere brachte, hiebei (fahrlässigerweise) nur mit solchen Zeugnissen versehen gewesen sei, welche den Vorschriften der Ministerialverfügung vom 26. Jan. 1889 nicht entsprochen haben. Die Gründe des angefochtenen Urteils führten des Näheren aus, nach dem ganzen Inhalt der gedachten Verfügung sei ein solcher Viehhändler strafrechtlich dafür verantwortlich zu machen, daß die Bestimmungen derselben vollständig und durchweg eingehalten werden; also nicht bloß dafür, daß er, wie deren § 1 vorschreibt, mit einem Zeugnis darüber versehen sei, daß die auf dem Transport befindlichen Tiere frei von Maul- und Klauenseuche seien, sondern auch dafür, daß dieses — je nach Umständen von einem approbierten Tierarzt oder von der Ortspolizeibehörde auszustellende — Zeugnis im Einzelnen den in § 3, bezw. § 4 genau angegebenen Inhalt habe. Es war dargelegt, daß weder der Inhalt der Verfügung selbst, noch eine vernunftgemäße Auslegung derselben eine Abweichung von dieser Auffassung an die Hand gebe, ohne welche nicht einmal die Feststellung der Identität der transportierten Tiere mit denjenigen, auf welche das Zeugnis sich bezieht, gesichert wäre und überhaupt die ganze Verfügung ihren Zweck, die Verbreitung der Seuche zu verhindern, verfehlen müßte.

Der Berufungsrichter trat damit derjenigen Auslegung der Ministerialverfügung entgegen, nach welcher nur der § 1 eine Vorschrift für den Viehhändler, die §§ 3 und 4 aber lediglich Instruktionen für die Aussteller der Zeugnisse enthalten sollen, so zwar, daß für Versäumnisse der letzteren der Viehhändler, wenn er seinerseits der Vorschrift des § 1 genügt hat, nicht zur Strafe soll gezogen werden können. Diese letztere, vom Richter erster Instanz vertretene und auch sonst schon von Gerichten geteilte Auffassung hat die Revision des Angeklagten sich zu eigen gemacht. Dieselbe wurde mit der Begründung verworfen, daß die Urteilsgründe des Berufungs-

gerichts, indem sie den Viehhändler für die Mitführung eines nicht bloß dem § 1, sondern auch den §§ 3 und 4 der Ministerialverfügung vom 26. Januar 1889 entsprechenden Zeugnisses strafrechtlich verantwortlich machten, einen Rechtsirrtum nicht haben erkennen lassen.

b. Urt. vom 6. November 1889 gegen Fr. E. von B. (U. 282, 1889.)

Auch in diesem Falle hatte die Revision des wegen mehrerer Verfehlungen gegen den § 66, Z. 4 des Reichs-Viehseuchengesetzes, vgl. mit § 3 der Ministerialverfügung vom 26. Januar 1889, verurteilten Angeklagten der Auffassung Geltung zu verschaffen versucht: daß der § 1 der Ministerialverfügung für die Viehhändler einerseits, § 3 und § 4 für die Aussteller der Zeugnisse (die Tierärzte, bezw. die Ortspolizeibehörden) andererseits getrennte Verpflichtungen aufstellen, und daß somit ein Viehhändler seiner Verpflichtung aus § 1 selbständig — ohne gleichzeitige Erfüllung der Vorschriften der §§ 3 und 4 — genügen könne und für Verfehlungen der Zeugnisaussteller nicht verantwortlich gemacht werden dürfe, auch von der Ministerialverfügung hiefür nicht habe verantwortlich gemacht werden wollen.

„Vielmehr" — sagen dagegen die Gründe zum Revisionsurteil, indem sie diese Auslegung für nicht zutreffend erklären — „genügt der Viehhändler seiner Verpflichtung gerade nur durch Erfüllung der, allerdings eine Thätigkeit Dritter voraussetzenden, Vorschriften der §§ 3 und 4. Wenn nämlich § 1 bestimmt, der Viehhändler müsse mit einem Zeugnis darüber versehen sein, daß die auf dem Transport befindlichen Tiere frei von Maul- und Klauenseuche seien, verpflichtet er Ersteren zu Mitführung eines Zeugnisses, das

1. die Feststellung der Identität der transportierten Tiere mit denjenigen, auf welche das Zeugnis sich bezieht, ermöglicht und

2. die erforderliche Garantie dafür bietet, daß diese Tiere seuchenfrei sind.

Welchen Inhalt nun im einzelnen die vom Viehhändler mitzuführende Urkunde haben muß, um als ein solches Zeugnis in beiderlei Richtung gelten zu können, dies wird eben durch die §§ 3 und 4 bestimmt. Diese beiden Paragraphen enthalten somit die notwendige Ergänzung des § 1, der für sich allein keinen vollständigen Inhalt gibt.

Auch die weitere Behauptung des Beschwerdeführers, daß die Ministerialverfügung sich lediglich auf den Transport von Rindvieh aus einer württembergischen Gemeinde in die andere beziehe (während es sich im vorliegenden Fall um Transporte aus bayerischen Grenzbezirken nach Württemberg handelte), findet in deren Wortlaut keine Unterstützung und kann im Hinblick auf den Zweck der ganzen Verfügung um so weniger als zutreffend erachtet werden, als bei auswärtigen Viehtransporten dieselbe Gefahr obwaltet und demnach Schutzmaßregeln für solche Fälle ebenso geboten erscheinen [1])."

c. Urt. v. 29. April 1891 gegen A. K. von E. (U. 109, 1891).

(Hausierhandel mit Vieh.)

Mittels Erlasses an die Oberämter vom 9. Dezember 1889 hatte das K. Ministerium des Innern, in der Erwägung, daß die Maul- und Klauenseuche noch immer in einzelnen Bezirken in beträchtlichem Umfang herrsche und namentlich auch durch den Hausierhandel verbreitet werde, weshalb wirksame Maßregeln gegen die hieraus sich ergebende Seuchengefahr angezeigt seien, auf Grund des § 1 der Instruktion des Bundesrats zu Ausführung der §§ 19—29 des Viehseuchengesetzes,

1) Vgl. auch Erlaß des K. Ministeriums des Innern an die Kreisregierungen 2c., betr. Maßregeln zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche, vom 26. Januar 1889, Ziff. 1, Abs. 4 (Amtsblatt des K. Min. des Innern, 19. Jahrg. 1889, S. 37 u. 38). — Allerdings verpflichtet die Ministerialverfügung außer den Viehhändlern zweifellos nur die württembergischen Behörden. Dieselbe ist überhaupt eben bestimmt, den Viehtransport für Württemberg zu regeln. Eine solche Maßregel ist aber nicht durchführbar, ohne daß thatsächlich auch der Grenzverkehr dadurch berührt wird. Der § 4 des Reichs-Viehseuchengesetzes kommt darum noch nicht in Frage (vgl. auch § 5 dieses Gesetzes).

(Reg.-Bl. v. 1881, S. 207) vergl. mit § 20, Absatz 2 dieses Gesetzes, die Oberämter ermächtigt und angewiesen, beim Zutreffen besonderer Seuchengefahr das Durchtreiben von Schweineherden durch den Bezirk und den Hausierhandel mit Rindvieh, Schafen und Schweinen in demselben für die Dauer der Seuchengefahr zu verbieten. In dessen Folge waren solche Verbote des Hausierhandels im September 1890 von den Oberämtern K. und Ö. erlassen und durch die betreffenden Amtsblätter seitens der letzteren Bezirkspolizeibehörde mit dem ausdrücklichen Anfügen verkündet worden: es werde wiederholt darauf hingewiesen, daß unter Hausierhandel mit Rindvieh nicht bloß das Feilbieten außerhalb des Gemeindebezirks des Wohnorts und ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung, sondern auch das Aufkaufen von Vieh außerhalb des Wohnorts zum Wiederverkauf (ausgeschlossen der Marktverkehr) zu rechnen sei.

Der Berufungsrichter hatte festgestellt, daß der im Gemeindebezirk E., Oberamts Ö., wohnhafte Angeklagte K. als Viehhändler im November 1890 an Orten, wo er eine gewerbliche Niederlassung nicht besitzt, nämlich teils in F., Oberamts Ö., theils in C., Oberamts K., mehrere Stücke Rindvieh von Bauern in deren Häusern aufgekauft, an seinen Wohnort verbracht und auf Märkten wiederverkauft hat. Auf Grund dieser Feststellung wegen Uebertretung im Sinne der Z. 4 des § 66 des Reichs-Viehseuchengesetzes verurteilt, rügte der Angeklagte in seiner Revision Verletzung der angeführten Gesetzesbestimmung, die mit Unrecht gegen ihn zur Anwendung gebracht worden sei, da seine Handlung durch die in Frage stehende polizeilich angeordnete Schutzmaßregel gegen Seuchengefahr nicht getroffen werde. Der Revisionsrichter verwarf das eingelegte Rechtsmittel aus nachstehenden Gründen.

Die Befugnis der obersten Landesbehörde, im Interesse der wirksamen Bekämpfung der Seuche die bezeichnete Maßregel vorzuschreiben, sei nicht zu beanstanden. Zwar habe die Verfügung vom 9. Dezember 1889 davon abgesehen, sich darüber auszusprechen, was sie unter Hausierhandel verstanden

wissen wolle. Indessen sei, namentlich im Hinblick auf den Zweck der Maßregel, die Annahme begründet, daß nach der Absicht des K. Ministeriums die von ihm den Bezirkspolizeibehörden erteilte Ermächtigung die Erlassung eines Verbots in dem vom Oberamt Ö. verkündeten Umfang in sich begriffen habe. Es könne auch weder rechtlich noch sprachlich als unzulässig bezeichnet werden, unter Hausierhandel (im weiteren Sinn) auch schon den Ankauf der Ware durch den Händler außerhalb Marktes zu begreifen. Der in der Sachlage begründete entscheidende Gesichtspunkt sei von Anfang an durch Herbeiziehung der Bestimmungen der Gewerbeordnung, insbesondere des § 55, verschoben worden. Dieses Gesetz komme bei der im vorliegenden Fall zu treffenden Entscheidung nicht in Frage, und es sei hienach auch das von der Verteidigung im Hinblick auf den § 56b der Gew.O. geäußerte Bedenken [1]) hinfällig [2]).

1) Dieses Bedenken betraf die Frage der Zuständigkeit der Landesbehörde zur Anordnung der fraglichen Maßregel.

2) In einer neueren Entscheidung (Urt. v. 29. Juni 1891 gegen J. W. von B.) hat das Reichsgericht, I. Strafsenat, ausgesprochen, daß die von dem Instanzrichter festgestellten Handlungen des, in diesem Fall aus § 328 des St.G.B. verurteilten, Angeklagten begrifflich unter dasjenige fallen, was die Gewerbeordnung in § 55, Ziffer 1 und 2, als Gewerbebetrieb im Umherziehen, Hausierhandel bezeichne, und daß solche Handlungen nach Sinn und Zweck des von der zuständigen Behörde erlassenen zeitweiligen Verbots des Hausierhandels mit Rindvieh zweifellos durch dieses Verbot haben getroffen werden wollen und sollen. Indessen hat es sich hiebei um eine wesentlich andere species facti gehandelt, sofern der Angeklagte W. nach der Feststellung vom Viehmarkt in N. her mehrere Stücke Rindvieh nach O. gebracht, daselbst im Stall eines Wirtshauses eingestellt und davon ein Stück an den Bauern L. verkauft, sich auch zuvor in die Wohnung des letzteren begeben und ihm dasselbe zum Kauf angeboten hatte, während in dem oben im Text mitgeteilten Fall lediglich das Aufkaufen von Vieh durch den Angeklagten in Privathäusern, nicht aber auch ein Feilbieten und Verkaufen im Umherziehen außerhalb Marktes in Frage kam. — Daß Hausierhandel und Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht an sich rechtlich gleichbedeutende Begriffe sind, ist auch vom Reichsgericht anerkannt, vgl. Entsch. in Straff. XX. 387.

10.

Erfordert der Begriff der Beleidigung (St.G.B. § 185) einen Angriff auf den sittlichen Wert des Andern?

Urt. v. 23. September 1891 gegen E. Chr. H. Gr. von R. (U. 165 v. 1891).

Nach den Feststellungen des Instanzrichters hatte der Angeklagte öffentlich geäußert: in der Wirtschaft des Privatklägers, Bierbrauereibesitzers K., könne man das Bier nicht trinken; das sei eine Brühe, kein Bier; der K. und sein Braumeister verstehen nichts vom Doppelbiermachen; das dürfe man diesen kecklich sagen; die dürfen das Biermachen aufstecken, die verstehen überhaupt nichts davon. Das Berufungsgericht hat in dieser Aeußerung eine Beleidigung des Privatklägers (§ 185 des St.G.B.) erblickt, da dieselbe nicht bloß ein tadelndes Urteil über die gewerblichen Leistungen des letzteren enthalte, diesem vielmehr damit die Leistungsfähigkeit in seinem Gewerbe überhaupt abgesprochen sei. Den Schutz des § 193 des St.G.B. hat der Berufungsrichter dem Angeklagten versagt.

Die Revision des Angeklagten wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Wenn die Strafkammer in einer — wie sie sich ausdrückt — so weitgreifenden Kundgebung eine bewußte (und sogar absichtliche) Kränkung der gesetzlich geschützten Ehre eines Andern, also den vorsätzlichen Ausdruck der Geringschätzung der Person des Privatklägers gefunden hat, so ist hierin weder eine unrichtige Anwendung des § 185, noch eine irrige Nichtanwendung des § 193 zu erkennen. Insbesondere findet die von der Revision geltend gemachte Rechtsanschauung: der § 185 erfordere unter allen Umständen einen Angriff auf den sittlichen Wert des Menschen, in dem Gesetze, das eine Begriffsbestimmung der Beleidigung nicht gegeben hat, keine Bestätigung.

11.

Beleidigung durch eine Postkarte. § 193 des St.G.B.

Urt. v. 13. Juli 1891 gegen K. K. in W. (U. 166 v. 1891).

Die Strafkammer zu R. hatte den Angeklagten von der Anklage der Beleidigung freigesprochen, indem sie ihm den Schutz des § 193 gewährte. Bezüglich der von dem Angeklagten zu seiner Kundgebung an den Privatkläger gebrauchten Postkarte war in den Urteilsgründen gesagt: eine Postkarte habe außer an den Adressaten nur in die Hände von Postbediensteten zu gelangen, die über alles zu ihrer Kenntnis Kommende das Amtsgeheimnis zu bewahren haben; es könne darum nicht gesagt werden, daß bei Benützung einer Postkarte das Vorhandensein einer Beleidigung aus den Umständen, unter welchen die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gethane Aeußerung geschehen sei, hervorgehe. Sonst liege aber für die Annahme einer beleidigenden Absicht des Angeklagten K. nichts vor.

Die Revision des Privatklägers rügte Verletzung des § 193 und bezeichnete den Ausspruch des Berufungsgerichts bezüglich des von dem Angeklagten gewählten Kundgebungsmittels als rechtsirrtümlich, da erfahrungsgemäß Postkarten nicht bloß von den Postbediensteten gelesen zu werden pflegen.

Die Revision wurde verworfen. Hiebei hat das Revisionsgericht nicht verkannt, daß allerdings die Fassung der Urteilsgründe der Strafkammer zu beanstanden sei. Dasselbe hat jedoch in der fraglichen Ausführung nach dem ganzen Zusammenhang nicht den in solcher Allgemeinheit allerdings nicht zutreffenden Satz: daß in der Benützung einer Postkarte zu einer ihrem Inhalt nach beleidigenden Aeußerung unter keinerlei Umständen die Absicht, zu beleidigen, einen erkennbaren Ausdruck finden könne, sondern lediglich den über das Gebiet thatsächlicher Feststellung nicht hinausgehenden Ausspruch gefunden: daß im vorliegenden Fall eine solche Absicht nicht erwiesen sei, da sie weder aus der Benützung einer Postkarte an sich, noch

aus anderweiten Umständen hervorgehe. Hiemit war aber die Anwendbarkeit des Schlußsatzes des § 193 ausgeschlossen.

12.

Ne bis in idem. Zulässigkeit des Einwands in der Revisionsinstanz.

Art. 24 des Ges. vom 12. August 1879, betr. Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871 und das Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen. (Reg.-Bl. von 1879, S. 153 ff.)

Urt. vom 25. März 1891 gegen B. S. und U. M. von L. (U. 71 von 1891.)

Die beiden Angeklagten waren vom Schöffengericht zu U. je wegen Vergehens wider die Sittlichkeit, § 183 des St.G.B., verurteilt, dagegen auf die von ihnen eingelegte Berufung nur je der Verübung groben Unfugs schuldig befunden worden. Zu dieser Entscheidung war das Berufungsgericht durch die Annahme gelangt, daß den Angeklagten bei ihrem unzüchtigen Benehmen in, bezw. vor einer Wirtschaft das Bewußtsein, hiedurch öffentlich Aergernis zu geben, gemangelt habe. In der Revisionsinstanz machten nun dieselben unter anderem geltend, wegen ihrer damaligen Betrunkenheit bereits von dem Stadtschultheißenamte zu L. bestraft worden zu sein. Nach den von letzterer Behörde inzwischen eingesandten Akten unterlag es denn auch keinem Zweifel, daß gegen beide in Betreff des nämlichen Vorgangs, wegen dessen sie später unter dem Gesichtspunkt eines Sittlichkeitsvergehens vor Gericht gestellt wurden, eine inzwischen längst vollstreckte polizeiliche Strafverfügung ergangen war, von der das Berufungsgericht noch keine Kenntnis gehabt hatte.

Das Berufungsurteil wurde aufgehoben und das Verfahren, unter Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse, wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung eingestellt.

Aus den Gründen:

Es muß hier die Bestimmung des Art. 24 des Gesetzes vom 12. August 1879, betr. Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871 und das Verfahren bei Erlassung polizeilicher Strafverfügungen, Platz greifen, wonach dann, wenn eine polizeiliche Strafverfügung vollstreckbar geworden ist, wegen der nämlichen Handlung eine fernere Anschuldigung nicht stattfindet, es sei denn, daß die Handlung keine Uebertretung, sondern ein Vergehen oder Verbrechen darstellt. Der letztere Fall ist durch das Berufungsurteil ausgeschlossen.

Diese Bestimmung des Art. 24 stellt sich als eine Anwendung des Grundsatzes: ne bis in idem dar und ist, wie dieser, zugleich prozeßrechtlicher und materiellrechtlicher Natur. Seiner Berücksichtigung in der Revisionsinstanz steht weder der § 380 der St.P.O. noch auch der Umstand entgegen, daß die Thatsache der schon erfolgten Bestrafung erst in dieser Instanz bekannt wurde, da der Revisionsrichter bezüglich solcher Thatsachen, welche die Zulässigkeit der Strafverfolgung bedingen, nicht auf das dem Instanzrichter vorgelegene Aktenmaterial beschränkt ist.

13.

Amtsvergehen eines in egyptischen Diensten stehenden deutschen Reichsangehörigen. Konsulargerichtsbarkeit. Exterritorialität.

Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879. (R.G.Bl. S. 187.) St.G.B. § 3. 359.

Beschluß des Strafsenats vom 8. Februar 1890 gegen K. (M. 25 v. 1890).

Auf Antrag des Kaiserlich deutschen Konsuls in Alexandrien war in der Strafsache gegen den dort wohnhaften, egyptischen Postbeamten Fr. Fr. W. K. wegen Unterschlagung im Amt vom Ersten Strafsenat des Reichsgerichts durch Beschluß vom 12. Dezember 1889 unter der Annahme, daß der Beschuldigte württembergischer Staatsangehöriger sei, auf Grund

des § 9, Absatz 1, Satz 2 der St.P.O. und des § 31 des Reichs-Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 [1]) als das zur weiteren Behandlung der Sache örtlich zuständige Gericht das Landgericht zu Stuttgart bezeichnet worden. Die II. Strafkammer des letzteren hatte (jedoch unter Verneinung ihrer sachlichen Zuständigkeit gemäß § 178, Absatz 1 der St.P.O.) den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung gegen K. wegen eines Verbrechens der erschwerten Amtsunterschlagung, St.G.B. § 350. 351, abgelehnt. Das von der Staatsanwaltschaft hiegegen eingelegte Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde wurde vom Strafsenat verworfen.

Aus den Gründen:

Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß der Verfolgung eines ausländischen Beamten wegen eines während seines Aufenthalts in Deutschland begangenen Amtsvergehens vor den inländischen Gerichten der § 359 des St.G.B. entgegenstünde, indem derselbe ausspricht, daß unter Beamten im Sinne dieses Gesetzes die im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats angestellten Personen zu verstehen sind. Nun ist der Angeschuldigte, sofern er die

1) Nach diesem Gesetz wird die Konsulargerichtsbarkeit in den Ländern ausgeübt, in welchen ihre Ausübung durch Herkommen oder durch Staatsvertrag gestattet ist Es sind ihr die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen Sie wird durch den Konsul und das Konsulargericht ausgeübt; letzteres besteht aus dem Konsul als Vorsitzenden und zwei, bezw. vier Beisitzern. Auf Strafsachen finden die Vorschriften der St.P.O. Anwendung, wobei der Konsul die Verrichtungen des Amtsrichters und des Vorsitzenden der Strafkammer ausübt (eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft findet nicht statt.) Ist aber die strafbare Handlung ein zur Zuständigkeit des Reichsgerichts oder der Schwurgerichte gehöriges Verbrechen, so hat nach dem oben angeführten § 31 des Gesetzes der Konsul demnächst, d. h. nach vorgängiger Anordnung der zur Strafverfolgung erforderlichen Sicherheitsmaßregeln und nach Vornahme der dringlichen Untersuchungshandlungen, die Akten der Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen Gerichte des Inlands, im Falle des § 9, Absatz 1, Satz 2 der St.P.O. dem Ober-Reichsanwalt zu übersenden.

ihm zur Last gelegten Handlungen als deutscher Reichsangehöriger in Egypten begangen hat, nach § 1 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879 der deutschen Konsulargerichtsbarkeit unterworfen. Indem dieses Gesetz für die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen völlige Exterritorialität statuiert [1]), folgt aus diesem seinem Prinzip, daß strafbare Handlungen, die von solchen Personen innerhalb jener Bezirke begangen werden, als im Inlande (§ 3 des St.G.B.) begangen gelten. Der § 4 des St.G.B., welcher von den im Auslande begangenen Verbrechen oder Vergehen handelt, kommt hiebei gar nicht in Frage.

Entsprechend dem § 3 des St.G.B. bestimmt § 4 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879:

> „In Betreff des Strafrechts ist anzunehmen, daß in den Konsulargerichtsbezirken das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und die sonstigen Strafbestimmungen der Reichsgesetze gelten [2])."

Hieraus folgt nun für den vorliegenden Fall, daß die frag-

---

1) Das Reichsgesetz von 1879 ruht hierin ganz auf dem Preuß. Konsulargesetz vom 29. Juni 1865 und dem Gesetz, betr die Organisation der Bundeskonsulate, vom 8. November 1867.

Das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit schützt ausländische Rechtsgüter nicht in weiterem Umfang, als dies durch § 3 des St.G.B. gegeben ist. Praktische Unzuträglichkeiten vermögen an diesem derzeitigen Stande des positiven Rechts nichts zu ändern. Auch die Kais. V.O. vom 23. Dez. 1875 (R.G.B. S. 381), wesentlich fußend auf dem internationalen Règlement d'organisation judiciaire pour les procès mixtes en Egypte (Verh. des Reichstags von 1874, I. Sess. 3. Band, S. 229), wollte schwerlich, über das prozessuale Gebiet hinaus, das materielle Recht berühren.

Aus der strafrechtlichen Litteratur ist über Exterritorialität vornehmlich Binding, HB. I. S. 406 ff. anzuführen. Schließlich mag im allgemeinen auf die Litteratur des Reichsstaatsrechts, des internationalen Strafrechts und des Konsularrechts (v. Bar, Brauer, Hefftter, König, Laband, Martens, Zorn u. s. w.) verwiesen sein.

2) Die in den Konsulargerichtsbezirken geltenden Strafgesetze der Landesregierungen bleiben außer Anwendung, insofern nicht durch Staatsverträge oder Herkommen etwas anderes bestimmt ist, § 4 cit., Absatz 2.

lichen Handlungen mit denjenigen Modalitäten, unter welchen der Beschuldigte sie in Egypten begangen hat, innerhalb des Gebietes deutscher Gerichtsbarkeit begangen sind, d. h. also: daß er innerhalb der letzteren als egyptischer Beamter angezeigtermaßen Gelder, die er in dieser Eigenschaft in Gewahrsam hatte, auf erschwerte Weise unterschlagen hat.

Indem hienach für die Beurteilung dieser Handlungen das deutsche Strafgesetzbuch und mit ihm der § 359 desselben maßgebend ist, wird eben hiedurch die Anwendung der §§ 350 und 351 auf dieselben ausgeschlossen [1]). Nicht aber wird der Beschuldigte infolge seiner Exterritorialität fiktionsweise aus einem egyptischen in einen deutschen Beamten verwandelt. Hierin läge nicht sowohl eine Anwendung, als vielmehr eine sachliche Erweiterung des Strafgesetzbuchs, eine Abänderung des § 359, die sich weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Prinzip, noch aus der Entstehungsgeschichte des Reichsgesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit ergibt.

Auch darin war der Strafkammer beizutreten, daß auch sonst kein Gesetz besteht, das eine derartige Abänderung des Strafgesetzbuchs ausgesprochen hätte. Insbesondere ist eine solche nicht in dem Reichsgesetz, betr. die Konsulargerichtsbarkeit in Egypten vom 5. Juni 1880, enthalten, welches Gesetz nur die in dem Gesetz vom 30. März 1874, betr. die Einschränkung der Konsulargerichtsbarkeit der deutschen Konsuln in Egypten, enthaltene Zeitbeschränkung für aufgehoben erklärt [2]).

Anlangend die Frage: ob dem Beschuldigten nicht auch Handlungen zur Last fallen, welche den Thatbestand des § 268,

---

1) Insoweit hat sich der Strafsenat für die hier vorliegende Komplikation bezüglich der großen Kontroverse über den § 359, sofern diese den 28. Abschnitt des besonderen Teils des Strafgesetzbuchs betrifft, der strikten, dem Wortlaute des Gesetzes entsprechenden (und wohl auch aus dessen Entstehungsgeschichte sich ergebenden) Auslegung angeschlossen Das Verhältnis des § 359 zum Strafgesetzbuch im ganzen, vornehmlich zum 6. Abschnitt (vgl insbes. Entsch. d. Reichsger. in Strafs., B. VIII. S. 53) bleibt dabei außer Frage.

2) R.G.Bl. v. 1874, S. 23, v. 1880, S. 145. Kais. V.O. v. 23. Dez. 1875, R.G.Bl. S. 381, und v. 23. Dez. 1880, R.G.Bl. 192.

Ziffer 2 des St.G.B. erfüllen und aus diesem Grunde die Zuständigkeit des Landgerichts, bezw. Schwurgerichts begründen würden, so war der Strafsenat nach der Richtung der Beschwerde zu einem Ausspruch nicht veranlaßt.

14.

Legitimation des Ortsvorstehers zur Vertretung der Gemeinde bezüglich des Anspruchs auf Zuweisung einer gerichtlich erkannten Geldstrafe an die Gemeindekasse.

Württ. Verwaltungsedikt vom 1. März 1822. Nahrungsmittelgesetz vom 14. Mai 1879, § 17. St.P.O. § 346. 490. 494.

Beschl. des Strafsenats vom 8. Oktober 1887 (U. 199/87).

In der Strafsache gegen E. in H. wegen Betrugs und Vergehens gegen das Nahrungsmittelgesetz waren über die Auslegung des Urteils der Strafkammer des L.G.H. vom 27. Juni 1887 Zweifel in der Richtung entstanden, ob die gegen E. erkannte Geldstrafe der Staatskasse oder, nach § 17 des Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879, der Stadtgemeinde H. zuzufallen habe. Es hatte in dessen Folge die Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde gemäß § 490, Absatz 1 der St.P.O. die Entscheidung des Gerichts hierüber angerufen, das sodann mit Beschluß vom 11. August 1887 die Zuweisung der Geldstrafe an die Staatskasse aussprach. Die hiegegen von dem Oberbürgermeister der Stadtgemeinde H. erhobene sofortige Beschwerde (St.P.O. § 494, Absatz 4) wurde vom Strafsenat verworfen. Hiebei ging das Beschwerdegericht zwar zunächst davon aus, daß das Rechtsmittel, ungeachtet der Absatz 2 des § 494 nur die Staatsanwaltschaft und den Verurteilten erwähnt, gemäß dem in § 346, Absatz 2 der St.P.O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz auch Dritten zustehe, welche durch die Entscheidung betroffen werden, und daß letzteres bei der Stadtgemeinde H. unzweifelhaft zutreffe, da die angefochtene Entscheidung die dem Verurteilten auferlegte Geld-

strafe der Stadtkasse entziehe. Gleichwohl erschien die Beschwerde des Oberbürgermeisters als unzulässig aus folgenden Gründen.

Der Beschwerdeführer hatte als Vorsteher der Stadtgemeinde H. „im Namen der letzteren", jedoch ohne eine Vollmacht hiefür beizubringen, den Anspruch auf Zuweisung der von der Strafkammer gegen E. erkannten Geldstrafe erhoben. Da es sich nun aber um eine unständige Einnahme handelte, hätte im Hinblick auf die Bestimmungen des württembergischen Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 der Gemeinderat als der Verwalter des Gemeindevermögens darüber zu beschließen gehabt, ob jener Anspruch geltend zu machen sei. Ueberhaupt konnte es hienach nur der Gemeinderat sein, der in vorliegender Sache im Namen der Gemeinde zu handeln und diese zu vertreten befugt gewesen wäre. Keinesfalls stand diese Befugnis dem Ortsvorsteher zu, der nach demselben Edikt die Verwaltung des Gemeindevermögens nur zu leiten hat. Ebensowenig konnte der Oberbürgermeister befugt sein, im Namen der Stadtgemeinde Beschwerde gegen den eingangs erwähnten Beschluß der Strafkammer einzulegen.

(Von selbst verstand sich hiebei, daß der Gemeinderat auch unter Vorbehalt nachträglicher Zustimmung nicht — wie von seiten des Beschwerdeführers in einer weiteren Eingabe geltend gemacht wurde — befugt sein konnte, dem Stadtvorstand ein für allemal Generalvollmacht für unbestimmte Fälle zu erteilen, was thatsächlich darauf hinausliefe, daß letzterer und nicht der Gemeinderat über das Vermögen der Gemeinde beschließen würde.)

15.

Voraussetzungen für die Zulässigkeit weiterer, eine Verhaftung betreffender Beschwerde.

St.P.O. § 352, Abs. 1.

Beschl. d. Straff. v. 13. Juni 1891.

Die Staatsanwaltschaft E. hatte gegen A. S. von W. wegen Verdachts der Brandstiftung ein Ermittlungsverfahren

eingeleitet; auf ihren Antrag erließ während desselben das Amtsgericht A. am 13. Mai 1891 gegen A. S. einen am folgenden Tag vollzogenen Haftbefehl. Am 15. desselben Monats stellte die Staatsanwaltschaft an den Untersuchungsrichter den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung. Indessen hatte am 14. Mai der Beschuldigte Beschwerde gegen seine Verhaftung erhoben. Auf diese Beschwerde hob die Strafkammer am 16. Mai den Haftbefehl auf. Gegen diese Entscheidung der Strafkammer erhob nun die Staatsanwaltschaft Beschwerde. Eine Verfügung des Untersuchungsrichters in Betreff der Eröffnung der Voruntersuchung war noch nicht ergangen.

Der Strafsenat verwarf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft aus folgenden Gründen:

Die Beschwerde ist nach Lage der Sache unzulässig.

Sie bezweckt die Aufrechterhaltung des vor Erhebung der öffentlichen Klage erlassenen Haftbefehls, also einer auf dem Grund der Bestimmungen in §§ 125 und 126 der St.P.O. ruhenden Maßregel. Durch die Erhebung der öffentlichen Klage ist aber der durch diese Gesetzesparagraphen gegebene Boden verlassen und es findet im weiteren für die die Untersuchungshaft betreffenden Entscheidungen die Regelung des § 124 der St.P.O. Anwendung. Wenn nun auch davon ausgegangen wird, daß für den Untersuchungsrichter ein in dem vorangegangenen Instanzenzug erfolgter, die Untersuchungshaft betreffender Beschluß bei gleicher Sachlage maßgebend wäre, so trifft dies andererseits dann nicht zu, wenn inzwischen eine *veränderte* Sachlage sich ergeben hat. Das letztere ist aber der Fall, indem durch die im Anschluß mitfolgende, am 9. lauf. Monats seitens der K. Oberstaatsanwaltschaft hierher übergebenen Meldung des Landjägers G. v. H. vom 4. d. M. neue, für die Beurteilung der Frage, ob der erhobene Verdacht ein dringender sei, wesentlich in Betracht kommende Erhebungen gegeben worden sind.

Zufolge dieser veränderten prozessualen und materiellen Lage sind die Voraussetzungen für einen weiteren Instanzenzug

hinsichtlich der in Frage stehenden Entscheidung nicht mehr vorhanden, und die Strafkammer wird daher angewiesen, unverweilt die Akten mit diesem Erlaß der K. Staatsanwaltschaft zu übergeben, welch letzterer überlassen bleibt, an den nun zur Entscheidung hinsichtlich der Erlassung eines Haftbefehls zuständigen Untersuchungsrichter ihre Anträge zu stellen.

16.

Gerichtsstand der zu einer Kontrolversammlung einberufenen Personen des Beurlaubtenstandes [1]).

Beschl. d. Straff. v. 4. Juli 1891 in der Straff. gegen J. B. v. F. u. Gen. wegen Körperverletzung.

Gegenüber dem die Frage der Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichts verneinenden Beschluß der Strafkammer des Landgerichts E. war von militärgerichtlicher Seite ausgeführt worden:

Allerdings sei es zweifellos, daß die Personen des Beurlaubtenstands während der ganzen Dauer des Tags, an welchem sie zur Kontroleversammlung einberufen sind, zum aktiven Heer gehören und deshalb an diesem Tag insbesondere den auf die Angehörigen des aktiven Heers bezüglichen Strafbestimmungen, namentlich dem Militärstrafgesetzbuch unterworfen seien. (Urteil des Reichsgerichts vom 21. Sept. 1886 in Entscheidungen XIV. Seite 329.) Zu den auf die Angehörigen des aktiven Heers bezüglichen Strafbestimmungen gehören aber nicht nur die materiell-

1) Ueber die Frage, ob die Bestimmung in § 38, B 1 des R.-Militär-Ges. v. 2. Mai 1874 sich überhaupt auf Einberufungen zu Kontroleversammlungen beziehen, bestehen verschiedene Ansichten. Zu vergl. einerseits Goltdammer, Arch. f. Strafrecht Bd. 34 (1886) S. 453—482; andererseits Koppmann, d. Mil St.G.B. f. d. D. R. § 6, Note 5; Hecker, Lehrb. d. D. Mil.St R. § 4, S. 25, N. 2; Entsch. d. Reichs-G. in Straff. XII. S. 319 (II. 30. Juni 1885) und XIV. S. 328 (II. 21. Sept 1886); Entsch. d. O.L.G. München IV. S. 442 (14 Jan 1887). A. d. E.

rechtlichen, sondern auch die prozessualischen und zwar für Württemberg — da nach § 3, Absatz 1 des Einführungsgesetzes zur deutschen Strafprozeßordnung diese nur auf die vor die ordentlichen Gerichte gehörenden Strafsachen Anwendung finde — in gegenwärtiger Frage der Art. 38, Abs. 2 der (nach § 738 des I. Bandes der Kriegsdienstordnung) für die Militärgerichte noch gültigen Strafprozeßordnung von 1843, bezw. der Art. 24 der bis zu Einführung der deutschen Justizgesetze für die württemb. Civilgerichte gültig gewesenen württemb. Strafprozeßordnung von 1868. Beide Gesetzesbestimmungen verfügen gleichmäßig, daß bezüglich von Verbrechen derjenigen, welche zur Zeit der Verübung derselben einen befreiten Gerichtsstand anzusprechen, zur Zeit der Untersuchung aber diese Befreiung verloren hatten, die gewöhnlichen Gerichte zuständig seien. Da nun zur Zeit der Untersuchung unbestrittenermaßen R. und Gen. nicht mehr zum aktiven Heere gehört, also keinen befreiten Gerichtsstand mehr gehabt haben, so sei das bürgerliche Gericht zuständig.

Dabei wurde noch darauf hingewiesen, daß es einer besonderen Abtretung der Schuldigen an die Civilbehörde (Art. 129, Ziff. 7 der militärischen Strafgesetze vom 20. Juli 1818) in gegenwärtigem Fall nicht bedürfe, da das Gebot einer solchen nach der Bestimmung der Ziff. 7 nur für diejenigen Fälle gelte, wo ein grundsätzlich der Militärgerichtsbarkeit unterworfenes Individuum der Civilbehörde zur Untersuchung und Bestrafung überwiesen werde (militärische Strafgesetze Art. 129 Ziff. 3 Abs. 1, Ziff. 5, Ziff. 6), nicht aber da, wo die Zuständigkeit des Militärgerichts kraft absolut verbietenden Gesetzes von Anfang an ausgeschlossen sei [1]).

---

1) Die Allgemeine Kriegsdienstordnung für die K. W. Truppen (v. 7. Februar 1858) Band I. bestimmt in § 738: „Wo die militärischen Strafgesetze keine besonderen Vorschriften enthalten, kommen in Absicht auf das Verfahren in Strafsachen die Bestimmungen der bürgerlichen St.P.O. (Reg.-Bl. v. 22. Juni 1843, S. 459–575) mit den dieselbe abändernden späteren Gesetzen zur Anwendung, soweit solche mit der Militärger.-Verfassung vereinbar sind." — Zu vergl. auch W. Jahrb.

Die Entscheidung des Strafsenats ging dahin:

Die Strafkammer des K. Landgerichts E. hat in der bei derselben von Seiten der dortigen Staatsanwaltschaft durch Erhebung der öffentlichen Klage anhängig gemachten Strafsache gegen die dem Beurlaubtenstande angehörenden J. B. und P. L. von F., F. R. von D. und A. S. von G. wegen mehrerer, am 6. April 1891 auf der Straße zwischen Z. und N., beziehungsweise in U. begangene Vergehen der Körperverletzung im Sinne des § 223a des St.G.B. durch Beschl. vom 19. Mai 1891 ihre Unzuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens ausgesprochen und dies damit begründet, daß die Angeschuldigten am Tage der Begehung der fraglichen Vergehen zu einer militärischen Kontroleversammlung einberufen gewesen, also an jenem Tage gemäß § 38 B. 1 des R.-Milit.-Gesetzes vom 2. Mai 1874 dem aktiven Heere angehört haben. Nachdem sodann entgegen diesem, von der Staatsanwaltschaft nicht angefochtenen Beschlusse seitens der Militärgerichtsbehörde, an welche die Akten abgegeben worden, die militärgerichtliche Zuständigkeit nicht anerkannt und die Entscheidung des Strafsenats des Oberlandesgerichts angerufen worden ist, liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung im Sinne des Art. 3 des Gesetzes znr Ausführung der R.St.P.Ordnung vom 4. März 1879 vor.

Die Unzuständigkeitserklärung der Strafkammer des Landgerichts E. kann nun nicht als begründet angesehen werden, da wegen der gedachten Vergehen bei der Militärgerichtsbehörde eine Untersuchung an dem Tage der Kontrolversammlung überhaupt nicht anhängig geworden war, vielmehr schon zur Zeit des Beginns des vorliegend anhängigen Verfahrens für die Angeschuldigten ein befreiter Gerichtsstand nicht bestand.

Bd. II. S. 175, Anm. 4; Gesetz betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände, vom 17. Aug. 1849, Art 4 und 5 (R.B. S. 464); das (frühere) Landesgesetz über die Verpflichtung zum Kriegsdienst, v. 12. März 1868, Art. 9 (R.B. S. 99); W. Gerichtsblatt Bd. V. S. 193 und VI. S. 63 und 64. A. d. E.

Es wird daher der erhobene Streit dahin entschieden, daß die bürgerliche Gerichtsbarkeit für die Verhandlung und Entscheidung dieser Strafsache begründet sei.

17.

Notwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung über den Anschluß des Nebenklägers [1]).

St.P.O. §§ 436 und 437.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Fristversäumung des Nebenklägers.

St.P.O. §§ 44 ff.

a.

Beschluß des Strafsenats vom 2. März 1887 in der Strafs. gegen H. F. von A. u. Gen. wegen Nachdrucks.

Die Beschwerde des Rechtsanwalts —, als Vertreters der Inhaber der Firma G. O. in R., wider den Beschluß

1) Daß durch die Einlegung eines Rechtsmittels des zum Anschluß als Nebenkläger Berechtigten stillschweigend die Anschluß-Erklärung erfolgen könne, ist wiederholt in reichsgerichtlichen Entscheidungen zum Ausdruck gekommen. Entsch. d. R.G. in Strafs. V. 335 und Rspr. IV. 42 (II. 13. 1. 82); Entsch. XI. S. 92 oben (III. 18. 9. 84). Konform: Beschluß des Strafs. des Oberlandesgerichts vom 13. Okt. 1886 in der Strafs. gegen A. R. von R. wegen Beleidigung. — Was aber die zur Begründung der prozessualen Stellung des Nebenklägers notwendige Entscheidung des Gerichts anbelangt, so fragt sich, ob (abgesehen von dem Falle des § 417 Abs. 2 der St.P.O., wenn der bisherige Privatkläger durch Uebernahme der Verfolgung seitens der Staatsanwaltschaft von selbst in die Rolle des Nebenklägers tritt) die Zulassung des Nebenklägers auch stillschweigend erfolgen könne. Zu vergl. u. a. die Kommentare von Löwe (5. Aufl.) § 436, N. 3, Thilo § 436, N. 2 und § 437, N. 2, Puchelt § 437, N. 2, Dorendorf § 436, N. 2; anderseits Stenglein im Gerichtssaal Bd. 42, S. 305 und Kommentar (2. Aufl.) § 336, N. 2; Glaser, Handbuch II. S. 214—216. Das Reichsgericht hat schon früher ausgesprochen, daß „der Nebenkläger seine Stellung in dem Verfahren erst durch die Entscheidung des Gerichts über seine Berechtigung zum Anschluß erlangt". Entsch. des R.G. in Strafs. XIII. S. 188 (IV. 18. 12. 85); Rspr. VIII. 533 (III. 12. 7. 86); zu

der Strafkammer des K. Landgerichts — vom 17. Jan. 1887, wodurch die Beschuldigten — hinsichtlich der Anschuldigung des

vergl. auch Entsch. VI. 139 (III. 23. 3. 82). Ein am 23. Dez. 1891 ergangenes Urteil des Reichsgerichts gegen K. F. D. in S. wegen Körperverletzung hob das Urteil der I. Strafkammer des Landgerichts S. v. 1. Okt. 1891, soweit der Angeklagte durch dasselbe verpflichtet wurde, an den Verletzten Buße zu erlegen und die demselben erwachsenen notwendigen Auslagen zu erstatten, nebst den diesem Teil des Urteils zu Grund liegenden thatsächlichen Feststellungen unter Zurückverweisung auf; die Revision des Angeklagten hatte gerügt, daß die nach § 436, Abs. 2 der St.P.O. erforderliche Entscheidung nicht getroffen worden war. Die Gründe dieses reichsgerichtlichen Urteils sagen unter anderem: „Eine ausdrückliche Entscheidung über die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluß an die öffentliche Klage ist vom Gerichte weder vor, noch in der Hauptverhandlung getroffen worden. Es fragt sich daher, ob die erfolgte stillschweigende Zulassung, da sie unwiderfprochen geblieben ist, dem Angeklagten das Recht der Revisionsbeschwerde entzieht. Das Reichsgericht hat eine stillschweigende Anschlußerklärung in der nach Maßgabe des § 435 Abs. 1, zweiter Satz, erfolgten Einlegung des Rechtsmittels (zu vergl. ferner § 441, Abs. 1 und § 444, Abs. 1 der St.P.O.) zugelassen (Rspr. d R.G. IV. 42 u. Entsch. V. 335.) Die Vorschrift des § 436, Abs. 2 d. St P.O. betreffs der Entscheidung über die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluß kennzeichnet sich aber nicht als eine bloße Anweisung für den Richter, sondern als eine das Gericht bindende Prozeßnorm schon dadurch, daß ungeachtet der allgemeinen Verfügung des § 33 der St.P.O. die vorgängige Anhörung der Staatsanwaltschaft dem Gerichte noch besonders zur Pflicht gemacht ist. Die in der Vorschrift des § 436 Abs. 2 d. St.P.O. enthaltene Prozeßnorm erstreckt ferner ihre Wirkung sowohl auf die Befugnisse desjenigen, der eine Anschlußerklärung dem Gerichte übergibt, als auch auf die Rechte des Angeklagten, der im Falle der Zulassung eines Nebenklägers neben dem Vertreter der öffentlichen Klage eine weitere, mit besonderen Rechten ausgestattete Prozeßpartei sich gegenüber gestellt sieht. Endlich ist nicht in Abrede zu ziehen, daß, wenn der Vorschrift des Gesetzes gemäß die Zulassung des Nebenklägers vom Gerichte durch ausdrücklichen Beschluß äußerlich erkennbar gemacht wird, der Angeklagte sich veranlaßt sehen kann, gegenüber von Anträgen des zugelassenen Nebenklägers einen anderen Weg einzuschlagen (zu vergl. R.G.Rspr. VIII. 533). Demgemäß hat, wenn über Anträge einer als Nebenkläger auftretenden Prozeßpartei, vor allem über den Antrag auf Zuerkennung einer Buße eine gerichtliche Entscheidung getroffen werden soll, eine ausdrückliche Beschlußfassung des Gerichts über die Berechtigung derselben zum Anschluß

Nachdrucks im Sinn der §§ 1 und 43 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 außer Verfolgung gesetzt worden sind, wurde von dem Strafsenat aus folgenden Gründen als unzulässig verworfen.

Der Vertreter der genannten Firma hat die an die Frist von einer Woche gebundene Beschwerde bei der Strafkammer am 29. Januar eingelegt, nachdem der angefochtene Beschluß der Staatsanwaltschaft am 21. Jan. und dem Beschwerdeführer nach vorliegender Urkunde am 24. Januar bekannt gemacht worden war. Die Beschwerde mußte zurückgewiesen werden. Nach § 443 der St.P.O. steht die Befugnis, sich der erhobenen öffentlichen Klage nach den Bestimmungen der §§ 435—442 derselben Prozeßordnung als Nebenkläger anzuschließen, auch demjenigen zu, welcher die Zuerkennung einer Buße zu verlangen berechtigt ist, was vorliegend im Hinblick auf § 18 Abs. 4 das Ges. vom 11. Juni 1870 bei den Inhabern der genannten Firma, welche auch den erforderlichen Strafantrag gestellt haben, zutreffen würde. Der von den Strafklägern bevollmächtigte Rechtsanwalt — hat nun in deren Auftrag nach Abschluß der Voruntersuchung bei der Strafkammer in einer Eingabe vom 16. Nov. 1886 den Anschluß als Nebenkläger erklärt, ohne übrigens, wie dies im Hinblick auf Abs. 2 des § 436 erforderlich gewesen wäre, die Berechtigung zum Anschluß zu begründen. Nach Vorschrift des kaum erwähnten Absatzes war von der Strafkammer über diese Berechtigung nach Anhörung der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, da nur dann der Anschluß als erfolgt (§ 437) angesehen werden konnte und die Strafkläger die namentlich durch § 430 der St.P.O. verliehenen Rechte des Privatklägers erlangen konnten (vergl.

nach vorgängiger Anhörung der Staatsanwaltschaft zu erfolgen und der Angeklagte ist berechtigt, auf die Verletzung dieser Prozeßnorm eine Revisionsbeschwerde zu gründen. Die Wirkung dieser Beschwerde kann sich jedoch im vorliegenden Fall nicht weiter erstrecken, als auf den Ausspruch des Urteils über die Buße, und umfaßt nur diejenigen thatsächlichen Erwägungen, von welcher ihre Höhe abhängig gemacht wurde, wogegen die übrigen, durch den Aufhebungsgrund nicht berührten thatsächlichen Feststellungen aufrecht bleiben." A. d. E.

Motive zu § 368 des Entwurfs und Entscheidungen des R.G. Band 13, S. 188). Die Strafkammer hat eine Entscheidung in der bezeichneten Richtung nicht getroffen, vielmehr durch den Beschluß vom 17. Januar die Beschuldigten wegen Mangels der Voraussetzungen des Nachdrucks außer Verfolgung gesetzt, womit der Nebenklage die Grundlage entzogen wurde, sofern der Anspruch der Strafkläger auf Zulassung als Nebenkläger von der Berechtigung, die Zuerkennung einer Buße zu verlangen, abhing und letztere beim Mangel der erwähnten Voraussetzungen nicht verlangt werden könnte. Da nun in dem gedachten Beschlusse eine Abweisung des Antrags auf Anerkennung der Anschlußberechtigung erblickt werden konnte, so mußten die Strafkläger, um den Anschluß zu erwirken, den Beschluß mit der sofortigen Beschwerde anfechten. Allein erhellt schon aus dem Bisherigen, daß der Anschluß der Strafkläger als Nebenkläger nicht vor der Entscheidung der Strafkammer erfolgt war, daß hienach die Strafkläger im Hinblick auf § 437 vor dieser Entscheidung nicht die Rechte des Privatklägers erlangt hatten, und daß ihnen somit die Entscheidung auch nicht bekannt zu machen war, so ist, wenn die Bekanntmachung gleichwohl geschah und nunmehr von den Strafklägern die sofortige Beschwerde eingelegt wurde, hiemit im Hinblick auf § 435, Satz 2 zwar die Wirkung verbunden, daß der Anschluß als behufs Einlegung des Rechtsmittels erklärt anzusehen ist, worüber das Beschwerdegericht zu entscheiden hätte (vergl. R.G. Entsch. Bd. V. S. 335); sofern aber der angefochtene Beschluß vor der diesfalls zu treffenden Entscheidung, somit vor dem Anschluß, ergangen und der Staatsanwaltschaft bekannt gemacht worden ist, so stand nach § 439, Abs. 2 die Anfechtung des Beschlusses den Strafklägern nicht mehr zu, nachdem für die Staatsanwaltschaft die Frist zur Anfechtung am 28. Januar bereits abgelaufen war. Das eingelegte Rechtsmittel erscheint hienach als unzulässig. Die Kosten desselben hat man gemäß § 505 der St.P.O. den Beschwerdeführern auferlegt.

b.

Beschluß des Strafsen. vom 13. April 1887 in derselben Strafsache wie oben a.

Nachdem der oben unter a. angeführte Beschluß den Inhabern der Firma G. O. in R. am 9. März 1887 zugestellt worden war, kam am 14. desselben Monats Namens derselben bei der Strafkammer des Landgerichts — ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist ein. Der Strafsenat hat am 13. April 1887 „in Erwägung, daß von den Antragstellern gegen die Versäumung der Beschwerdefrist, welche durch Zustellung des in der diesseitigen Entscheidung vom 2. März d. J. erwähnten landgerichtlichen Beschlusses an die K. Staatsanwaltschaft eröffnet worden ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht und dieser Antrag zunächst damit begründet wird, daß, sofern der bevollmächtigte Vertreter der Antragsteller bis zur Kenntnisnahme von der diesseitigen Entscheidung die Anwendbarkeit des § 437 der St.P.O. schon mit Einreichung der Anschlußerklärung als gegeben erachtet und dem § 436, Abs. 2 nur deklaratorische Bedeutung beigemessen habe, dies für seine Auftraggeber, welche ihrerseits gethan haben, was ihnen billigerweise zugemutet werden könne, ein unabwendbarer Zufall sei, überdies aber, falls der Vertreter der Antragsteller den § 436, Abs. 2 irrig aufgefaßt habe, dieser Irrtum den Umständen nach als ein entschuldbarer werde angesehen werden müssen, obgleich es hierauf, da der § 210, Abs. 2 der C.P.O. in der Strafprozeßordnung keine Aufnahme gefunden, nicht werde ankommen können;

in Erwägung, daß die Versäumung der fraglichen Frist sich allerdings darauf zurückführen läßt, daß der Vertreter der Antragsteller den § 436, Abs. 2 der St.P.O. irrig aufgefaßt hat, daß aber, da Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum nicht entschuldigt, in dem Rechtsirrtum des Vertreters ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 44 der St.P.O. für die Antragsteller nicht gefunden werden kann;

in Erwägung ferner, daß zur Begründung des Wiedereinsetzungsgesuchs zwar noch weiter geltend gemacht wird, es haben die Auftraggeber des bevollmächtigten Rechtsanwalts — wie dieser selbst ohne ihr Verschulden von der an die Staatsanwaltschaft erfolgten Zustellung nichts gewußt, da dies ein Internum zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft bilde, daß aber die Antragsteller, da sie angesichts der Bestimmungen der §§ 33, 36 und 41 der St.P.O. wissen mußten, daß die am 24. Januar d. J. erfolgte Zustellung des landgerichtlichen Beschlusses durch die Staatsanwaltschaft veranlaßt wurde, dieser also der Beschluß bereits bekannt gemacht war, sich vollkommen in der Lage befunden haben, ihre Beschwerde noch vor Ablauf der Frist bei dem Gerichte einzureichen, und wenn sie dies gleichwohl unterließen, ein Verschulden derselben festzustellen ist, — beschlossen:
den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unbegründet zu verwerfen und die durch denselben veranlaßten Kosten den Antragstellern aufzuerlegen."

c.

Beschluß des Straff. vom 27. Januar 1892 in der Straff. gegen Ch. M. v. S. u. Gen. wegen Vergehen gegen das Gesetz über Markenschutz.

Während des Laufs der Voruntersuchung gegen Ch. M. von S. und Gen. wegen Vergehen im Sinne des § 14 des Gesetzes über Markenschutz war die schriftliche Anschlußerklärung des Fabrikanten K. W. in V. als Nebenklägers bei der Strafkammer eingekommen. Eine Verfügung darauf erfolgte nicht; auch der die Angeschuldigten außer Verfolgung setzende Beschluß der Strafkammer vom 7. Dez. 1891 berührte jene Erklärung nicht. Eine diesem Beschluß beigefügte Notiz des Vorsitzenden wies die Gerichtsschreiberei an, den Rechtsanwalt (Bevollmächtigten des K. W. in V.) von demselben „in Kenntnis zu setzen", was laut Randbemerkung der Gerichtsschreiberei am 9. Dezember geschah, ohne daß aus den Akten Näheres hierüber ersichtlich war. Der Beschluß vom 7. Dez. gelangte an die Staatsanwaltschaft seitens der Strafkammer am 9.

desselben Monats „behufs der Zustellung an die Angeschuldigten". Außer der Zustellung an die Angeschuldigten erfolgte nun auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft auch die sofort am 16. Dez. bewirkte Zustellung an K. W. von V. Auf dessen den Beschluß vom 7. Dezember 1891 unter Bezugnahme auf § 219 (soll heißen 209) vergl. mit §§ 441 und 353 der St.P.O. anfechtende, am 22. Dez. 1891 bei der Strafkammer eingekommene sofortige Beschwerde erging am 27. Jan. 1892 nachstehende Entscheidung des Strafsenats:

„Der Fabrikant K. W. in V. hat in dem zufolge seines Strafverfolgungsantrags bei der Strafkammer des K. Landgerichts — anhängig gewordenen Strafverfahren gegen die Fabrikanten M. in S. u. Gen., wegen Vergehen im Sinne des § 14 des Gesetzes über Markenschutz vom 30. Nov. 1874, wider den sämtliche Angeschuldigte außer Verfolgung setzenden, am 7. Dez. 1891 ergangenen Beschluß des gedachten Gerichts am 22. desselben Monats unter Bezugnahme auf § 441 der St.P.O., die sofortige Beschwerde erhoben.

Der angefochtene Beschluß ist der Staatsanwaltschaft am 9. Dez. 1891 zugestellt worden, und es hat sodann die Staatsanwaltschaft die am 16. jenes Monats an den Beschwerdeführer bewirkte Zustellung veranlaßt.

Nach § 15 des Gesetzes vom 30. Nov. 1874 ist der im Sinn dieses Gesetzes Beschädigte berechtigt, die Zuerkennung einer Buße zu verlangen; gemäß § 443 d. St.P.O. ist er also befugt, sich der öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen. Nun hat allerdings, nachdem die öffentliche Klage erhoben worden war, der von dem Beschwerdeführer, als Beschädigtem in genügender Weise bevollmächtigte Rechtsanwalt — am 17. Okt. 1891 schriftlich die Anschlußerklärung bei der Strafkammer eingereicht. Nach dem Gesetze wird aber der die Rechte des Nebenklägers begründende Anschluß nicht durch die Erklärung des Anschlusses bewirkt, sondern durch die nach Anhörung der Staatsanwaltschaft erfolgende, die Berechtigung zum Anschluß aussprechende Entscheidung des Gerichts (St.P.O. §§ 436 und 437). Diese Entscheidung ist

nun seitens der Strafkammer nicht erfolgt, und es ist hienach der angefochtene Beschluß vor dem Anschluß ergangen.

Insofern nun in der Erhebung der eingelegten Beschwerde zugleich die Anschlußerklärung behufs Einlegung eines Rechtsmittels (St.P.O. § 435, Abs. 1) zu finden ist, steht dem Beschwerdegerichte auch die Entscheidung über die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluß zu. (Entsch. des R.G. in Strafs. Bd. V. S. 335; VI. S. 139; XIII. S. 188; XIX. S. 117; Rspr. d. R.G. in Strafs. VIII. S. 533.)

Dem Ausgeführten zufolge ist die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluß anzuerkennen. Was aber das Rechtsmittel selbst anbelangt, so stand dem Nebenkläger nach § 439, Abs. 2 d. St.P.O. die Anfechtung des die Angeschuldigten außer Verfolgung setzenden Beschlusses nicht binnen einer von der Zustellung an ihn an laufenden einwöchigen Frist, sondern nur innerhalb der für die Staatsanwaltschaft laufenden, mit dem Ablauf des 16. Dezember endigenden Anfechtungsfrist zu. Der Beschwerdeführer hat also die gesetzliche Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt, und es wird demgemäß und im Hinblick auf § 505, Abs. 1 der St.P.O. die von ihm eingelegte Beschwerde, unter Verfällung desselben in die Kosten des Rechtsmittels, als unzulässig hiedurch verworfen [1]).

18.

Der Thatbestand des § 360, Num. 13 des St.G.B.

Urteil des Strafs. vom 10. Febr. 1892 in der Strafs. gegen A. F. Sch. von S.

Das die Berufung des Angeklagten gegen das verurteilende erstinstanzliche Erkenntnis verwerfende Berufungsurteil wurde auf die Revision des Angeklagten aus folgenden Gründen, unter Freisprechung desselben, aufgehoben:

1) Die Frage etwaiger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Fristversäumung lag nicht zur Entscheidung vor. Die Beschwerde ging vielmehr von der Anschauung erfolgter Fristeinhaltung aus.

Das Berufungsgericht hat das den Angeklagten wegen einer Uebertretung nach § 360, N. 13 d. St.G.B. verurteilende schöffengerichtliche Erkenntnis bestätigt, indem es bei der Annahme, der Angeklagte habe das von ihm zur Reise benützte Pferd in Aergernis erregender Weise roh mißhandelt, zwar nicht festzustellen vermochte, daß die Mißhandlung öffentlich erfolgt oder überhaupt von dritten Personen wahrgenommen worden sei, dagegen es zur Strafbarkeit der Handlung gemäß § 360, N. 13 für genügend erachtet, daß die Handlung ohne anderweitige Wahrnehmung aus dem verletzten Zustand des Tiers als eine rohe Mißhandlung habe erkannt werden müssen und jemand infolge dieser unmittelbaren Wahrnehmung in seinem sittlichen Gefühl verletzt worden sei.

Die Revision rügt diese Auffassung des Paragraphen, weil gegen Wortlaut und Sinn desselben verstoßend, als rechtsirrtümlich und weist hiebei auf den Zweck des Gesetzes, welcher nicht der Tierschutz, sondern der Schutz des mitfühlenden menschlichen Empfindens sei, und auf die diesbezügliche Ausführung in Olshausen, Kommentar, III. Auflage, hin, wonach die betreffende Handlung unter Strafe gestellt sei, sofern sie in Aergernis erregender Weise vorgenommen werde. Der Revision war stattzugeben. Es kann, wenn es sich um die Auslegung des Paragraphen handelt, von dem aus der Absicht des Gesetzgebers hergeleiteten Grunde abgesehen werden, da es doch hauptsächlich die öffentlich hervortretende Tierquälerei ist, welche das Sittlichkeitsgefühl der Bevölkerung teils beleidigt, teils auf dessen Abstumpfung hinwirkt, und indem sie in beiden Beziehungen die öffentliche Moral verletzt, unter diesem Gesichtspunkt die Erlassung einer Strafvorschrift rechtfertigte (vergl. auch die Ueberschrift zu dem II. die Uebertretungen betreffenden Titel des Preuß. St.G.B.). Deren Sinn ergibt sich aber unzweifelhaft aus dem Zusammenhang und der Bedeutung der Worte, sodaß allerdings die nicht öffentlich erfolgte rohe Mißhandlung eines Tieres nur dann unter die Strafbestimmung des Paragraphen fällt, wenn sie in Aergernis erregender Weise vorgenommen wurde. Muß sonach das

Aergernis unmittelbar durch die Handlung und mit dieser gegeben sein, so kann es zur Strafbarkeit derselben nicht genügen, daß das Aergernis später durch die Wahrnehmung des verletzten Zustandes des mißhandelten Tieres, also durch eine andere Thatsache hervorgerufen wurde, bei welcher Annahme der Thatbestand des Paragraphen verändert und insbesondere nach der Richtung der subjektiven Verschuldung der Strafvorschrift eine Ausdehnung gegeben würde, welche nicht als zulässig erkannt werden kann. Da dem Ausgeführten zufolge die Verurteilung des Angeklagten auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung des § 360, N. 13 des St.G.B. beruht, so war das angefochtene Urteil aufzuheben, und sofern die Handlung des Angeklagten weder unter das gedachte, noch unter ein anderes Strafgesetz fällt, der Angeklagte unter Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse freizusprechen."

VI.

Mitteilung des Vorstands der Anwaltskammer, betr. die Veröffentlichung der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs.

Dem Vorstand der Württembergischen Anwaltskammer ist folgende Zuschrift des Vorstands des deutschen Anwaltsvereins zugekommen:

An

die Vorstände der Anwaltskammern im deutschen Reich.

Dem Vorstande des deutschen Anwaltsvereins ist kürzlich ein für die Juristische Wochenschrift bestimmter Aufsatz vorgelegt worden, welcher die fernere Veröffentlichung der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs als unzulässig und dem Ansehen des Standes schädlich bekämpft. Die Unzulässigkeit ist unseres Erachtens unbedingt zu verneinen, die Nützlichkeit dagegen zu bejahen. Nach Ansicht des mitunterzeichneten Schriftführers würde auch, wenn der deutsche Anwaltsverein die Veröffentlichung aufgäbe, dieselbe möglicherweise in unberufenere Hände

übergehen und Gegenstand buchhändlerischer Unternehmungen werden.

Da für das Frühjahr 1892 das Erscheinen des V. Bandes in Aussicht genommen ist, und jeder Band eine Ausgabe von etwa 4000 M. beansprucht, möchten wir rechtzeitig darüber klar werden, ob in der That bei der deutschen Anwaltschaft ernstliche Bedenken gegen die weitern Veröffentlichungen bestehen. Wir bitten deshalb die geehrten Vorstände der Anwaltskammern um gefällige Aeußerung darüber, ob die Einstellung der Veröffentlichungen ratsam ist.

Wir bemerken dabei noch, daß in der Rechtsprechung des vormaligen Preußischen Obertribunals stets ehrengerichtliche Erkenntnisse gegen Rechtsanwälte, vereinzelt solche auch im Preußischen Justizministerialblatt veröffentlicht sind. In Oesterreich erfolgten die Veröffentlichungen sogar mit Namensnennung.

Diesseits ist bei der Gestaltung der Veröffentlichung davon ausgegangen, daß eine bloße Auswahl willkürlich sein würde und nicht das volle Bild von der Thätigkeit des Ehrengerichtshofs geben würde.

Berlin und Leipzig im Mai 1891.

Wilmowski	Mecke
Geheimer Justizrat	Justizrat
Vorsitzender.	Schriftführer.

Auf diese Zuschrift hat der Vorstand der Württembergischen Anwaltskammer in seiner Sitzung vom 28. Juni 1891 folgenden

Beschluß

gefaßt:

In Erwägung, daß die rechtliche Zulässigkeit der Veröffentlichung der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs mit Grund nicht beanstandet werden kann,

in fernerer Erwägung, daß die möglichste Uebereinstimmung der ehrengerichtlichen Entscheidungen der deutschen Anwaltskammern und damit der denselben zu Grunde liegenden

Auffassung der Berufspflicht eines deutschen Rechtsanwalts im Sinne des § 28 der Rechtsanwaltsordnung, namentlich auch mit Rücksicht auf die Vagheit des Begriffs derselben, in hohem Grade wünschenswert und die allein nur durch die beanstandete Veröffentlichung zu ermöglichende Kenntnis dieser Auffassung im Interesse der Rechtsanwaltschaft gelegen ist;

in Erwägung endlich, daß — wenn und soweit die publizierten Entscheidungen des Ehrengerichtshofs Verbreitung auch in Kreisen außerhalb des Anwaltstandes finden — da in denselben begründete und grundlose Beschwerden über Anwälte doch zur Genüge Verbreitung finden, die Kenntnis der Remeduren dagegen durch die Ehrengerichte nur dem Ansehen des Anwaltstandes förderlich, nicht schädlich sein kann — sich mit aller Entschiedenheit für die fernere Veröffentlichung der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs in bisheriger Weise auszusprechen.

VII.

Ist für die gleichzeitige Entscheidung (einschließlich des Verfahrens) über Anträge auf Entmündigung oder Wiederaufhebung derselben wegen Verschwendung und Geisteskrankheit nur der einmalige Ansatz der Gerichtsgebühr § 34, Ziff. 1 (früher Ziff. 2) des G.K.G. begründet oder ist der Wert der Anträge zum Zweck des Gebührenansatzes zusammenzurechnen?

Von

Amtsrichter Betz in Tuttlingen.

I. Nicht selten werden solche Anträge in Einem Gesuch verbunden und wohl auch im Verfahren äußerlich — der Geschäftsvereinfachung wegen — mit einander behandelt, obwohl manche richterliche Handlung bezüglich des einen bei dem andern entbehrlich sein kann, das eine Verfahren z. B. eine Beweisaufnahme (ärztliches Gutachten, Zeugen) erfordert, welche das andere nicht berührt, bei dem einen die Staatsanwaltschaft sich beteiligt, beim andern nicht (§ 595, Abs. 2,

621, Abs. 3. 4 d. R.C.P.O.), die Kostenzuscheidung ferner nicht in gleicher Weise reguliert ist (§ 601. 622. 618. 625 R.C.P.O.), auch die Zustellung der Beschlüsse sich verschieden gestaltet (§ 603. 623. 619. 627 R.C.P.O.) und namentlich die Folgen — totale oder partielle Handlungsunfähigkeit nicht die gleichen sind.

II. Welche Art der Gerichtsgebührenanrechnung ist nun begründet, wenn über beide Gesuche in Einem amtsgerichtlichen Beschlusse entschieden wird? Als Streitwert mag hier — bei Auseinanderhaltung der einzelnen Entmündigungsarten — ausnahmsweise (cf. G.K.G. § 10) statt 2000 M. je 10 000 M. angenommen werden. Soll 1) 2mal eine Gebühr aus 10 000 M. mit je $^3/_{10}$ v. 90 M. = 27 M., zus. 54 M., oder 2) Eine Gerichtsgebühr aus 20 000 M. mit $^3/_{10}$ v. 140 M. = 42 M. oder endlich 3) nur eine Gebühr aus einmal 10 000 M. mit 27 M. zum Ansatz kommen?

In einer bei einem Amtsgerichte anhängig gewesenen Streitigkeit wurde seitens des Revisorats des vorgesetzten Landgerichts die 3. Frage bejaht, wonach die vom Amtsgericht nach Zurücknahme des Antrags auf Entmündigung gem. § 46 G.K.G. 2mal angesetzte Gebühr (cf. oben zu Frage 1) gestrichen wurde, da trotz der Verschiedenheit der Entmündigungsgründe nur ein Verfahren stattgefunden habe. Auf Remonstration wurde diese Ausstellung des Revisorats von der vorgesetzten Civilkammer genehmigt.

Nebenbei bemerkt wäre noch fraglich gewesen, ob nicht statt der vom Amtsgericht gewählten Anrechnung von $^1/_{10}$ ab $^3/_{10}$ der Gebühr (§ 46 G.K.G.) vielmehr eine solche von $^3/_{10}$ der Gebühr (§ 34, Z. 1) angezeigt gewesen wäre, da, wenngleich keine eigentliche Entscheidung, z. B. über Einstellung des Verfahrens zu treffen und getroffen war, die Anordnung und Vornahme der Erhebungen (Zeugenverhör, ärztliche Begutachtung) schon als Entscheidung im Sinne dieses Paragraphen betrachtet werden könnte [1]).

1) Vergl. Pfafferoth, Gerichtskostenwesen. 4. A. S. 89 zu § 34, Anmerk. 4.

Nach der folgenden Darstellung dürfte die landgerichtliche Entscheidung nicht als richtig sich erweisen, sondern die Wahrheit gewissermaßen in der Mitte liegen.

III. Nach dem Wortlaute des § 39, Abs. 1 G.K.G. (... „jedes Verfahren über die in § 34—38 bezeichneten Anträge ... gilt für die Gebührenerhebung als besonderer Rechtsstreit") könnte man geneigt sein, den amtsgerichtlichen Gebührensatz für richtig zu halten, um so mehr, als in Absatz 2 dess. § 39 nur bezüglich der Zwangsvollstreckungshandlungen (§ 35, n. 2, früher Z. 3) bestimmt ist, daß bei demselben Anspruch und demselben Gegenstand die Gebühr nur einmal zur Erhebung gelangen soll, also angenommen werden könnte, daß die einmalige Gebühr für Abs. 1. nicht zur Anwendung komme, wie denn überhaupt das letztere nicht einmal auf andere Arten der Zwangsvollstreckungsakte als die in § 35, n. 2 gedachten, also z. B. nicht auf § 35, n. 1. 3, § 27, n. 2, ausgedehnt werden kann [1]).

Nun hat aber die Reichstagskommission in Uebereinstimmung mit den Regierungsvertretern folgende Konstatierung zu Protokoll gegeben:

„Nach § 39 wird für jedes einzelne Verfahren über Anträge, wie sie in den (jetzigen) §§ 34. 35. 38 bezeichnet sind, die dort bestimmte Gebühr erhoben.

Doch ist nur ein Verfahren vorhanden, und wird nur eine Gebühr erhoben, wenn mehrere Anträge durch eine Entscheidung beschieden werden" [2]).

Ohne Zweifel ist hienach eine 2malige Gebühr — in unserem Falle aus je 10000 M. je 27 M., zus. 54 M. — begründet, wenn betreffs jeder von dem gleichen Antragsteller gleichzeitig beantragten Entmündigung — unter Trennung der bisher kumulierten Streitigkeiten (§ 136 R.C.P.O.) eine besondere, nicht gleichzeitige, Entscheidung, sei es Ausspruch oder Ablehnung der Entmündigung bezüglich der beiden Gründe

1) Vergl. Pfafferoth, a. a. O. S. 101 zu § 39, Anmerk. 2.

2) Vergl. Hegler, Gerichtskostengesetz, u. Pfafferoth, a. a. O. zu § 39.

einer solchen, sei es Stattgeben bezüglich des einen, Ablehnen bezüglich des anderen beschlossen wird [1]).

Bei gleichzeitiger Entscheidung aber liegt, wenn auch nur Eine Gebühr anzusetzen ist, eine Mehrheit von Ansprüchen vor, welche auf verschiedenen Gründen beruhen und in Beziehung auf das Streitobjekt nicht identisch sind, eine Verbindung von 2 Anträgen, unter Aufrechterhaltung ihrer rechtlichen Besonderheit, welche für die Dauer der Verbindung auch eine Zusammenrechnung der verschiedenen kumulierten Streitgegenstände und somit die Ansetzung der Gebühren aus den kombinierten Wertsobjekten bedingen [2]).

Der Streit dreht sich dann gar nicht um die Frage: ob eine oder zwei Gebühren? sondern um die Frage, ob die beiden Entmündigungen als verschiedene Streitobjekte sich darstellen, was wohl nicht zu bestreiten sein wird, und nur um die Taxation des Streitwerts überhaupt, wenn man nach jener Erklärung der Reichstagskommission 2c. 2c. hier nur ein Verfahren und nicht nach dem strengen Wortlaut des § 39, Abs. 1 G.K.G. zwei Streitigkeiten, was die Gebührenerhebung betrifft, annehmen will (im letzteren Falle wäre der amtsgerichtliche Ansatz, oben II. 1) gerechtfertigt). Weder die Worte „Ein Verfahren" noch die Worte „Eine Gebühr" oder „mehrere Anträge" enthalten den Sinn, daß nur nach dem Werte des einen Streitobjekts, etwa dem höheren, die Gebühr bemessen werden dürfte (nach einem sog. Absorptionsprinzip); sie bilden nur den Gegensatz zu zwei oder mehreren, besonderen Gebühren. Demgemäß ist die oben II. 2) gestellte Frage zu bejahen. Daß dies der Sinn sei, ergibt sich auch aus den in den Motiven zu § 39 G.K.G. gegebenen Beispielen (Pfändung von 6 Geldforderungen zu je 1000 M. zu Gunsten eines Anspruchs von 10000 M. durch einen Akt, Berechnung einer Gesamtgebühr aus 6000 M., nicht einer

1) cf. auch Pfafferoth a. a. O. zu § 9 G.K.G. S. 43, Anm. 3.

2) Vergl. § 9 G.K.G. mit § 5. 138 R.C.P.O., Pfafferoth a. a O. S. 43, Anm. 1 u. 3 zu § 9 G.K.G. bezw. § 5 R.C.P.O. S. 90, Anm. 3 zu § 35 G.K.G., Gaupp, R.C.P.O., 2. Aufl. zu § 138, III. S. 309.

6fachen Gebühr aus je 1000 M., auf welche Zwangsvollstreckungshandlungen wegen Verschiedenheit des Gegenstands Abs. 2 nicht zutrifft) [1]).

Etwas anderes ist es, wenn mehrere antragsberechtigte Personen gleichzeitig Anträge auf Entmündigung, sei es nur wegen Geisteskrankheit, sei es nur wegen Verschwendung stellen und die sämtlichen Anträge materiell (abgesehen vom Mangel der Antragsberechtigung) verworfen werden oder ihnen stattgegeben wird; hier liegt Identität des Streitobjekts bei subjektiver Häufung von Anträgen vor und findet eine Zusammenrechnung nach § 9 G.K.G. bezw. § 5 C.P.O. nicht statt; es ist dann nur ein Verfahren über mehrere auf Entmündigung aus dem gleichen Grund einer solchen abzielende Anträge vorhanden und ist nur eine Gebühr gemäß § 10, § 34, Z. 1 G.K.G. — in unserem Fall aus 10 000 M. mit 27 M. anzusetzen (oben II. 3) [2]).

VIII.

Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Beaufsichtigung sog. reiner Familienstiftungen.

Freiherr v. H. und dessen Gattin haben in einem gemeinschaftlichen Testamente auf den Fall ihres beiderseitigen Ablebens aus dem in Staatsobligationen bestehenden Erbteil ihrer beiden zu Erben eingesetzten Töchter eine Familienstiftung errichtet, welche nach dem Tode der letzteren ins Leben treten sollte. Nach dem Inhalte des Testaments, sowie des gleichzeitig von den beiden Stiftern errichteten Statuts soll das gestiftete Kapital als ein von dem der Familienglieder ausgeschiedenes Vermögen unter dem Namen „Frhrl. von H.'sches Familienfideikommiß" der Verwaltung des Senior der von H.'schen, beziehungsweise von K. W.'schen Familie, welcher je am Schlusse

1) Vergl. Hegler a. a. O. und Pfafferoth a. a. O. zum cit. § 39.
2) s. Gaupp zu § 5 R.C.P.O. 1. S. 25/26.

eines Jahrs dem Waisengerichte Stuttgart als zuständiger Vormundschaftsbehörde über seine unter deren Kontrole stehende Verwaltung Rechnung zu legen hat, unterstellt und der Ertrag dieses Kapitals nach der Entscheidung eines Familienrats zur Erziehung der Kinder und Unterstützung bedürftiger Angehörigen der genannten beiden Familien verwendet werden. Nach dem Aussterben sämtlicher, den Namen der beiden berechtigten Familien tragenden Angehöriger derselben soll das fragliche Kapital unter dem Namen Frhrl. v. H.'sche Stiftung in die Verwaltung des akademischen Senats in Tübingen zur Verwendung für Stipendien von sonstigen Familienangehörigen und in deren Ermangelung von studierenden Württembergern überhaupt, sowie für die Unterstützung der Krankenanstalten der Universität übergehen.

Nachdem die Stifter und nach ihnen ihre beiden Töchter gestorben waren, ergaben sich Zweifel darüber, welche Behörde die Beaufsichtigung dieser Stiftung zu übernehmen habe.

Das Waisengericht Stuttgart und der Gemeinderat Cannstatt, in dessen Bezirk der nach seiner Gattin verstorbene Stifter zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz gehabt hatte, lehnte dieselbe wegen Unzuständigkeit ab. Die Civilkammer des Landgerichts Stuttgart, welcher die Akten zur weiteren Verfügung nach Ziff. 2 der Justizministerial-Verfügung vom 15. Juni 1839 (Reg.Bl. S. 426) vorgelegt worden waren, nahm an, es handle sich um ein uneigentliches Familienfideikommiß im Sinne der Ziff. 2 dieser Verfügung, welches vermöge der eventuellen Bestimmung zu allgemein wohlthätigen Zwecken den in § 120 des Verwaltungsedikts bezeichneten Familienstiftungen beizuzählen sei, und übergab demgemäß die Akten der Kreisregierung in Reutlingen. Diese sah sich jedoch zu einer Verfügung nicht veranlaßt, weil nach der Bestimmung des Stifters die eventuell zu errichtende Stiftung an die Universität Tübingen falle, und der akademische Senat, somit eine unter dem Ministerium des Kirchen- und Schulwesens stehende Behörde, als Verwaltungsbehörde der Stiftung bestimmt sei. Auch der akademische Senat in Tübingen lehnte mit Genehmigung des K. Mini-

steriums des Kirchen- und Schulwesens die Uebernahme der Aufsicht zur Zeit ab.

Bei dieser Sachlage beauftragte das K. Justizministerium auf Anrufen des Senior der von H.'schen Familie das Oberlandesgericht mit einer gutächtlichen Aeußerung über die Frage: ob eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit und welche für Beaufsichtigung der fraglichen Stiftung zuständig sei. Der Inhalt des vom 1. Civilsenat des K. Oberlandesgerichts unterm 13. Juni 1890 erstatteten Gutachtens geht im wesentlichen dahin:

„Unter den in § 120 des Verwaltungsedikts aufgeführten „in jeder Gemeinde vorhandenen Stiftungen für Kirchen-, Schul- und Armenbedürfnisse mit Einschluß der für diese und ähnliche Zwecke bestimmten Familien- und anderen Privatstiftungen", welche der Aufsicht der Verwaltungsbehörden unterstellt sind, sind nur die für allgemeine, öffentliche Zwecke dieser Art bestimmten Stiftungen zu verstehen. Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des Verwaltungsedikts, für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen öffentlich rechtliche Verhältnisse zu regeln, sowie dem ganzen Inhalte des die Verwaltung der Stiftungen betreffenden Abschnitts desselben (§ 120 bis 149). Es fallen daher unter diese Bestimmung nur solche Familienstiftungen, welche neben Kirchen-, Schul-, Armen- und ähnlichen Zwecken einer bestimmten Familie allgemein wohlthätige Zwecke dieser Art in der Weise verfolgen, daß Nichtfamilienangehörige entweder gleichzeitig mit Familiengliedern oder wenigstens bei zeitweiligem Mangel von berechtigten Familienangehörigen im Genusse des Stiftungsvermögens Teil zu nehmen haben (sog. gemischte Familienstiftungen). Dagegen beziehen sich die Bestimmungen des Verwaltungsedikts nicht auf solche Familienstiftungen, die ausschließlich den Kirchen- Schul- Armen- und ähnlichen Bedürfuissen einer bestimmten Familie gewidmet sind, und deren Erträgnisse nur für Familienglieder, und in deren Interesse Verwendung zu finden haben (sog. reine Familienstiftungen). Diese Familienstiftungen gehören vielmehr ausschließlich dem Gebiete des Privatrechts an (s. Gesetz über

die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876, Art. 2, Ziff. 3 vergl. mit Art. 18, Ziff. 18), das öffentliche Interesse ist an ihrem Bestehen nicht beteiligt, es liegt daher kein Grund vor, sie der im Verwaltungsedikt über die allgemein wohlthätigen Zwecken gewidmeten Stiftungen angeordneten Beaufsichtigungen durch die Verwaltungsbehörden mit zu unterwerfen.

Die Richtigkeit dieser Auslegung des § 120 des Verwaltungsedikts wird bestätigt durch die angeführte Justizministerial-Verfügung vom 15. Juni 1839, denn daraus, daß nach dem Schlußsatze derselben die Bestimmung einer Familienstiftung zu allgemein wohlthätigen Zwecken deren Stellung unter § 120 dieses Gesetzes begründet, folgt, daß die solche Zwecke nicht verfolgenden Familienstiftungen nicht hierunter fallen [1]).

Die Einkünfte der Frhrl. v. H.'schen Familienstiftung sind bis zum Aussterben der den Namen der beiden genußberechtigten Familien tragenden Angehörigen derselben lediglich zur Erziehung der Kinder der Familienmitglieder und zur Unterstützung bedürftiger Familienangehörigen zu verwenden. Diese Stiftung verfolgt somit während dieses Zeitraums ausschließlich Familienzwecke und erscheint insolange als reine Familienstiftung. Dieselbe ist daher dem oben Ausgeführten zufolge nicht dem § 120 des Verwaltungsedikts und der in diesem Gesetze angeordneten Beaufsichtigung durch die Verwaltungsbehörden zu unterstellen, unterliegt vielmehr nach Maßgabe der Ziffer 2 der angeführten Ministerial-Verfügung der Beaufsichtigung durch die zuständigen Pupillarbehörden.

Hieran ändert im vorliegenden Falle der Umstand nichts, daß nach dem Aussterben der den Namen der berechtigten Fa-

1) v. Bolscher, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 4, S. 270 ff., Bd. 29, S. 376 f.; Pfeifer, Lehre von den juristi Personen S. 129, Reyscher, württbg. Privatrecht § 679 bei Anm. 3, Lang, Handb. des Personenrechts. Aufl. 2 S. 212 Anm. 5, auch K. Verordnung, betr die Organisation der Kreisregierungen u. s. w. vom 15. Nov. 1889 § 3 Lit. C. Reg.Bl. S. 325 und nunmehr Ges. vom 21. Mai 1891, betr. die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen ꝛc. Art 43 Worte: „mit Einschluß der für jene Zwecke mitbestimmten Familienstiftungen".

milien tragenden Angehörigen derselben die Stiftungseinkünfte vorzugsweise zur Unterstützung studierender bedürftiger, diesen Namen nicht führender Mitglieder dieser Familien und im Falle zeitweiligen Nichtvorhandenseins oder Aussterbens derselben zur Unterstützung bedürftiger Studierender, welche geborene Württemberger sind, sowie (übrigens nicht obligatorisch) auch zur Unterstützung der Krankenanstalten der Universität Tübingen zu verwenden sind, daß somit diese Familienstiftung von dem genannten Zeitpunkte an zunächst neben Familienzwecken allgemein wohlthätigen Zwecken und schließlich lediglich diesen letzteren zu dienen bestimmt ist. Denn es liegt kein Grund vor, eine solche Stiftung wegen der künftig möglichen Verwandlung in eine Stiftung für allgemein wohlthätige Zwecke schon von Anfang an vor dem Eintritt dieser Umwandlung und, solange ihre ursprüngliche Bestimmung für Familienzwecke noch fortdauert, den über die Beaufsichtigung der Stiftungen zu allgemein wohlthätigen Zwecken geltenden Grundsätzen zu unterwerfen, zumal da es für die Regel in solchen Fällen nicht einmal sicher ist, ob diese Umwandlung in einer absehbaren Zeit eintreten wird. Die für sofortige Beaufsichtigung durch die Verwaltungsbehörden sprechende Rücksicht auf die Erhaltung des Stiftungsvermögens bis zum Zeitpunkte der Umwandlung der Stiftung läßt sich in der Regel auch auf anderem Wege erreichen, und wenn dies je infolge besonderer Anordnung des Stifters nicht der Fall sein sollte, ist dieser Umstand eine derartige besondere Sicherung der im Falle des Aussterbens der Familie zu verwirklichenden Zweckbestimmung darum nicht zu begründen geeignet, weil der Stifter, wie er von dieser eventuellen Zweckbestimmung ganz absehen kann, so auch nicht gehindert ist, diese Verwirklichung von minder sicher zum Ziele führenden Anordnungen abhängig zu machen, ohne daß man diesfalls seinem Willen entgegenzutreten berechtigt wäre. Der Eintritt sofortiger Aufsicht durch die Verwaltungsbehörde würde zudem in einem solchen Falle für die Regel dem Willen des Stifters, welcher auf die Erreichung der Familienzwecke, und nicht auf die im Falle des Aussterbens der Familie an deren

Stelle tretenden allgemein wohlthätigen Zwecke das Hauptgewicht legen wird, nicht entsprechen. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Falle, in welchem die Stifter für den Zeitraum vor dem Absterben der den Familien-Namen tragenden Familien-Angehörigen den Familiensenior und Familienrat, für die spätere Zeit den Senat der Universität Tübingen mit der Verwaltung der Stiftung betraut, zugleich für den ersteren Zeitraum die Verwaltung der Kontrole der Pupillarbehörde unterstellt haben, und die Uebertragung der während dieses Zeitraums zu übenden Aufsicht an eine Verwaltungsbehörde oder gar an den Senat der Universität dem Willen der Stifter zuwiderlaufen würde.

Mit dem Grundsatz, wornach eine ausschließlich Familienzwecken gewidmete Stiftung, ungeachtet der für den Fall des Aussterbens der Familie angeordneten Umwandlung in eine Stiftung zu allgemein wohlthätigen Zwecken, bis zum Eintritt dieser Umwandlung der Beaufsichtigung der Pupillarbehörden unterliegt, steht auch der Schlußsatz der angeführten Ministerial-Verfügung nicht im Widerspruch. Denn unter den daselbst angeführten Familienstiftungen, welche wegen gleichzeitiger oder successiver Bestimmung für allgemein wohlthätige Zwecke zu den in § 120 des Verwaltungs-Ed. bezeichneten zählen, sind diejenigen zu verstehen, welche neben Familienzwecken allgemein wohlthätigen Zwecken in der Weise gewidmet sind, daß Nichtfamilienangehörige neben Familiengliedern oder bei zeitweiligem Mangel von solchen am Genusse des Stiftungsvermögens Teil haben, wogegen die Familienstiftungen, welche erst beim Aussterben der Familie allgemein wohlthätige Zwecke verfolgen, unter diese Bestimmung nicht fallen. Wollte man aber auch je unter der in diesem Schlußsatz erwähnten successiven Bestimmung zu allgemein wohlthätigen Zwecken die für den Fall des Aussterbens der Familienglieder getroffene Anordnung der Umwandlung einer Familienstiftung in eine allgemein wohlthätigen Zwecken dienende begreifen, so würde diese Vorschrift auch die Auslegung zulassen, daß die Familienstiftung in einem solchen Falle erst mit dem Eintritt dieser successiven Bestim-

mung, also mit dem die Umwandlung der Stiftung bedingenden Aussterben der Familienglieder dem angeführten § 120 zu unterstellen sei. Aus diesem Schlußsatz läßt sich daher der Grundsatz, daß eine ausschließlich Familienzwecke verfolgende Stiftung wegen der für den Fall des Aussterbens der Familie vom Stifter angeordneten Bestimmung zu allgemein wohlthätigen Zwecken schon vor dem Eintritt dieser Umwandlung der Aufsicht der Verwaltungsbehörde unterliege, nicht ableiten. Wenn man aber diesen Grundsatz in dem angeführten Schlußsatze ausgesprochen finden wollte, so wäre doch dessen Anwendbarkeit im vorliegenden Falle zum Mindesten fraglich. Denn es haben die Stifter die beiden Stadien ihrer Stiftung nicht bloß nach den verschiedenen mit denselben zu verfolgenden Zwecken, sondern weiter dadurch unterschieden, daß sie derselben für beide Zeitabschnitte verschiedene Namen und Statuten gegeben und verschiedene Organe für die Verwaltung und fundationsmäßige Verwendung des Stiftungsvermögens eingesetzt, auch für den ersteren Zeitabschnitt einen besonderen Sitz der Stiftung bestimmt haben. Diese Umstände weisen darauf hin, daß die Stifter im vorliegenden Falle zwei verschiedene, selbständige Stiftungen, von welchen das Vermögen der einen nach deren Erlöschen auf die andere übergehen soll, zu errichten beabsichtigt haben. Stehen aber die beiden Stadien der Stiftung in diesem Verhältnisse zu einander, so liegt jedenfalls kein Grund vor, die früher zur Entstehung kommende aus Rücksicht auf die sichere Verwirklichung der späteren einer besonderen Aufsicht, welche sonst nicht über sie zu verhängen wäre, zu unterwerfen.

Die Pupillarbehörde, welcher hienach die Beaufsichtigung der Frhrl. von H.'schen Stiftung zukommt, bildet nicht ein Landgericht, da dieser Stiftung ein befreiter Gerichtsstand in Vormundschaftssachen vor einem Landgerichte nicht zusteht, sondern das mit der Rechtsfürsorge in Vormundschaftssachen und insbesondere mit der Aufsicht über die Pflegschaften und mit der Mitwirkung bei der Abhör der Vormundschaftssachen be-

traute Waisengericht. (Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843, Art. 2.)

Und zwar erscheint auf Grund analoger Anwendung der über die örtliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde geltenden Grundsätze (Notariatsgesetz cit. art. 1 Abs. 3, art. 20 und Lang, Personenrecht S. 600, Anm. 9) das Waisengericht Stuttgart als dasjenige des Wohnsitzes der Stiftung (§ 19, Abs. 1 der C.P.O.) als zuständig."

Schließlich ist anzufügen, daß, nachdem durch Königliche Entschließung der „unter dem Namen Frhrl. von H.'sches Fa„milienfideikomiß zu Erziehungskostenbeiträgen und Unterstütz„ungen an die Angehörigen der genußberechtigten Familien „bestimmten Stiftung, welche ihren Sitz in Stuttgart hat", die juristische Persönlichkeit verliehen worden war, die erforderliche Einleitung zur Uebernahme der Beaufsichtigung dieser Stiftung durch das Waisengericht Stuttgart getroffen worden ist.

IX.

Die Pfandklage des württembergischen Unterpfandsrechts und ihr Verhältnis zu § 710 der C.P.O.

Von

Oberamtsrichter Frhr. v. Wächter-Spittler in Rottenburg.

So vielfältig dieser Gegenstand in der einheimischen Litteratur bereits behandelt ist [1]), haben doch die bisher laut gewordenen Ansichten alle denselben Ausgangspunkt. Die Wirksamkeit des hypothekarischen Rechtes wird, für die Pertinenzen gerade so gut wie für die Früchte, von einem gewissen Zusammenhang mit der Hauptsache abhängig gedacht, der zur Zeit der Rechtsverfolgung thatsächlich vorhanden sein muß. Es erscheint folgerichtig als Bedürfnis, für den Moment der

1) Gaupp, Komm. z. C.P.O. Band III. § 710 Bem. II. a. E., § 714 Bem. IV.), ferner bei Bolscher Band XXIX. S. 259 ff. 291 ff., Pfizer das. S. 65 ff., 98 ff., Band XXXI. S 43 ff. Hirsch bei Bolscher Band XXIX. S. 299 ff.

Klagerhebung, dem doch die Pfändung, damit § 710 überhaupt in Frage kommen könne, vorausgegangen sein muß, jenen Zusammenhang als noch vorhanden nachzuweisen. Gaupp, der mit der Erörterung der Frage den Anfang gemacht hat, beseitigt dieses Bedürfnis durch die Darlegung, daß der Pfändungsakt des Gerichtsvollziehers das zur Zeit der Pfändung vorhandene Unterpfandsrecht aus rechtlichen Gründen nicht alterieren könne. Pfizer dagegen will unterscheiden, je nachdem die Pfändung mit oder ohne Aufhebung des schuldnerischen Gewahrsams durchgeführt ist. Im ersteren Falle versagt, im letzteren gewährt er die Klage auf vorzugsweise Befriedigung und zwar nicht nur aus den Pertinenzen, sondern ebenso aus der gepfändeten Halmfrucht. Es soll der Versuch der Widerlegung sämtlicher bisher angeführter Sätze gemacht, und mit den zuletzt besprochenen darum begonnen werden, weil hier die Gegner unter sich selbst uneins sind.

I.

Mit Recht macht Pfizer im Beginn seiner Darstellung darauf aufmerksam, daß es eine Zweckbeziehung zwischen Sache und Sache nicht gebe, daß immer der Mensch es sei, auf dessen Willensbestimmung der scheinbar vorhandene — rechtliche oder wirtschaftliche — Zusammenhang zwischen den Sachen beruhe. Er handelt also von seinem Standpunkt nur konsequent, wenn er für die Fortdauer des Unterpfandsrechts an der Pertinenz deren räumliche Beziehung zur Hauptsache — eine Beziehung demnach, deren die Sachen unter sich allerdings fähig sind — nicht allein entscheiden läßt, sondern daneben den Gewahrsam des Inhabers der Hauptsache an der Pertinenz zur Voraussetzung macht. Hat dieser Gewahrsam einmal aufgehört, so kann vielleicht noch von einem rechtlichen Zusammenhang zwischen Pertinenz und Hauptsache die Rede sein, der thatsächliche aber ist unzweifelhaft aufgehoben, weil das notwendige Verbindungsglied, die faktische Herrschaft desselben Willens über Hauptsache und Pertinenz, ausgefallen ist.

Hält man sich nur an den ersten Satz von § 712 Abs. 2

der C.P.O., wonach die zu pfändenden Sachen unter Umständen im Gewahrsam des Schuldners zu „belassen“ sind, so scheint die kaum gedachte Voraussetzung für Fälle dieser Art allerdings gegeben. Man denkt unwillkürlich an eine Besitzergreifung durch bloßes constitutum possessorium, von welcher die thatsächliche Verfügungsgewalt des Schuldners völlig unberührt bliebe. Allein der Sinn jenes ersten Satzes wird durch den folgenden sofort näher bestimmt. Die Wirksamkeit der Pfändung ist „dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.“ Schon der Wortlaut des Gesetzes läßt also darüber, daß der Schuldner durch die Pfändung auch in der thatsächlichen Verfügungsmacht über die Sache unter allen Umständen eingeschränkt werden muß, keinen Zweifel. Noch deutlicher sprechen die Motive. Es findet sich hier der sehr bezeichnende Ausdruck, daß behufs Entstehung des Pfändungspfandrechts in dem „natürlichen“ Verhältnis des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintreten müsse. Eine solche Veränderung tritt denn auch thatsächlich in allen Fällen der s. g. symbolischen Pfändung ein. Am einleuchtendsten selbstverständlich da, wo das Siegel oder die Pfandmarke geradewegs mechanisch den Zugriff nach der gepfändeten Sache versperrt. Denselben Dienst thut aber auch ein bloßes, an dem Gegenstand der Pfändung oder seinem Aufbewahrungsorte angebrachtes Pfandzeichen. Auch ein solches hat die Bestimmung, den Schuldner an jedem Eingriff in die Rechte des Pfändungspfandgläubigers zu hindern. Und dafür, daß es diese Bestimmung thatsächlich erfülle, ist durch das Strafgesetzbuch mehrfache und ausreichende Vorsorge getroffen. Ob der von Pfizer citierte § 289 des St.G.B. gerade von seinem Standpunkt aus nicht versagen würde, ist insofern zweifelhaft, als der Wortlaut des Gesetzes zum Thatbestandsmerkmal den Gewahrsam des Pfandgläubigers macht. Was aber unter allen Umständen wirksam bleibt, ist der Schutz der §§ 136. 137. des St.G.B. Und wenn nun Pfizer den von dieser Seite erwarteten Einwendungen gegenüber ausführt, nicht darauf, was der Schuldner dürfe, sondern auf das, was er könne, komme es

an, so ist diese Beweisführung vergeblich, weil sie zuviel beweist. Wäre es richtig, daß der öffentlichrechtliche Schutz ebenso, wie der des Civilrechts, bei der Beurteilung der Frage des Gewahrsams außer Betracht zu bleiben hätte, so wäre bei vielen Gegenständen, an welchen wir doch Besitz und Gewahrsam annehmen — man denke nur an Feldgrundstücke samt den darauf befindlichen Erzeugnissen —, ein Gewahrsam praktisch gar nicht nachzuweisen. Von dem Besitz sagen freilich die Quellen [1]) in einem solchen Fall, er werde durch den Willen allein festgehalten. Wenn aber auch die faktische Herrschaft über die Sache durch die räumliche Entfernung ihres Inhabers nicht verloren gehen soll [2]), so läßt sich ohne Zuhilfenahme irgend welches Rechtschutzes, insbesondere des polizeilichen und strafrechtlichen, mit einem solchen Gewahrsam aus der Distanz keine greifbare Vorstellung verbinden, während doch darüber, daß der Gewahrsam ein thatsächliches Machtverhältnis, kein bloßes Erzeugnis der juristischen Theorie sein muß, allseitiges Einverständnis herrscht. Um ein anderes Beispiel zu gebrauchen, so *kann* der Dieb, der sich in der offenstehenden Kirche allein befindet, ohne alle Frage auf die darin aufgestellten Wertgegenstände mit Ausschluß des Eigentümers und dritter Personen einwirken. Den Gewahrsam an denselben erlangt er aber erst, wenn und sobald er auf sie eingewirkt *hat*. Die bloß potentielle Macht der Einwirkung muß also, damit der Gewahrsam übergehe, zu einer aktuellen sich umgestalten, und die *faktische* Schranke, welche die beiden Momente trennt, bildet einzig und allein das Strafgesetz, so lange es von dem diebischen Besucher der Kirche thatsächlich respektiert wird, subjektiv aufgefaßt demnach der durch das Gesetz verursachte psychische Zwang. Man wird vielleicht einwenden, im Fall der symbolischen Pfändung verhalte es sich anders, hier behalte der Schuldner die schon zuvor besessene aktuelle Möglichkeit der Einwirkung einfach bei, die Veränderung bestehe nur darin, daß ihm die fernere beliebige Einwirkung durch den Gerichts-

1) l. 3 § 11 D. 41, 2. l. 1 § 25 D. 43, 16.
2) Entsch. des R.Ger. in Strafs. Band II. S. 65.

vollzieher verboten werde, wobei die Wirksamkeit des Verbotes von der Anbringung der Siegel oder Pfandzeichen abhängig sei. Allein wie schon oben gezeigt wurde, handelt es sich bei dem letzterwähnten Akte keineswegs um eine bloße Formvorschrift, sondern um eine Maßregel körperlicher Besitzergreifung. Das Wort „belassen" kann in § 712 Abs. 2 buchstäblich nicht gemeint sein. In dem Moment jener Besitzergreifung ist für eine fortdauernde aktuelle Macht des Schuldners über den Gegenstand kein Raum. Wenn also unmittelbar hierauf der Gegenstand in Verwahrung des Schuldners zurückgelassen wird, so beginnt damit thatsächlich ein neuer Gewahrsam, es findet mithin auch bei der sog. symbolischen Pfändung ein Detentionswechsel, nur ein zweimaliger, statt. Der neue Gewahrsam des Schuldners unterscheidet sich aber überdies von dem zuvor bestandenen Detentionsverhältnis sehr wesentlich dadurch, daß er sich zwar sonst gegen jedermann, aber nicht gegen den Gerichtsvollzieher richtet. Dieser hat m. a. W. den engeren [1]), der Schuldner nurmehr den weiteren Gewahrsam an der Sache. Auf die letztere hat die Staatsgewalt, hier als die für das Rechtsleben wichtigste und mächtigste aller thatsächlichen Gewalten, in einer jedem erkennbaren Weise ihre Hand gelegt. Sie kann in der Person des Gerichtsvollziehers und der ihm zu Gebot stehenden bewaffneten Macht jederzeit zurückkehren, um unberechtigte Einwirkungen des Schuldners zu verhindern. Sollte aber eine solche Einwirkung dem Schuldner gleichwohl gelingen, so kann sie, als einem verbietenden Gesetz zuwiderlaufend, nach allgemeinen Grundsätzen nicht den Erfolg haben, die schon durch die Besitzergreifung von Seite des Gerichtsvollziehers als erloschen gedachte Pertinenzeigenschaft wieder ins Leben zurückzurufen.

II.

Wenn über das Schicksal des Unterpfandrechts an der beweglichen Zubehör deren thatsächlicher Zusammenhang mit

1) Vgl. hiezu Olshausen, Komm. z. St.G.B. § 242, Note 19.

der verpfändeten Immobilie allein entscheiden soll, so kommt nach dem bisherigen die Klage des Unterpfandsgläubigers aus § 710 der C.P.O. immer zu spät. Es tritt also immer die Wirkung ein, welche Pfizer nur in dem normalen Falle des gänzlich beseitigten schuldnerischen Gewahrsams annehmen will. Gaupp sucht nun aber, indem er die Unterscheidung Pfizers nicht geradezu verwirft, seinerseits jedoch von der Form der Pfändung grundsätzlich abstrahiert, für alle Fälle einen Ausweg und glaubt denselben in der rechtlichen Natur des Pfändungsaktes gefunden zu haben. Der Gerichtsvollzieher, führt er aus [1]), vertrete hiebei weder den Gläubiger, noch den Schuldner, sondern die Staatsgewalt. Diese könne aber nicht die Absicht haben, das von ihr selbst garantierte Recht des Unterpfandgläubigers durch ihre Vollstreckungsmaßregel aufzuheben [2]). Um dem Standpunkt Gaupps gerecht zu werden, muß man wohl seine Verwahrung gegen eine Repräsentation des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher streng auf den Akt der Pfändung selbst beschränken. Daß nämlich die Zwangsversteigerung eine Handlung sei, welche der Staat in Vertretung des Schuldners vornimmt, ist die eigene Lehre Gaupps [3]). Auch kann nach allgemeinen Grundsätzen das Wesen der Hilfsvollstreckung wegen Geldforderungen wohl nur in einer zwangsweisen Ausübung der Vermögensrechte [4]) des Schuldners von

1) Bosch er's Zeitschrift, Band XXIX. S. 264. 266.

2) Vgl. hiezu unten S. 359, N. 1 wonach an der Hand der gegnerischen Ansicht in dieselbe Notwendigkeit auch die frühere württ. Exekutionsbehörde unter Umständen gekommen sein würde, obwohl die von ihr verfügte Pfändung ein Pfandrecht nicht begründete.

3) Kommentar, Band III. S. 282.

4) Wenn Gaupp (bei Boscher, Band XXIX. S. 268) als mit der vorliegenden verwandt die Frage bezeichnet, ob die Ehefrau bei der landrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaft der Pfändung ihres beweglichen Sonderguts für Schulden des Mannes widersprechen könne, so handelt es sich hiebei um ein Vermögensrecht des Schuldners nur insofern, als er der gesetzliche Verwalter des Frauengutes ist. Die von Gaupp citierte Entscheidung des Kgl. Oberlandesgerichtes (bei Boscher XXV. S. 68 ff.) bejaht aber jene Frage nicht etwa deshalb, weil der Gerichtsvollzieher den Schuldner in der ihm zustehenden Disposition über sein Vermögen

seiten des Staates gefunden werden, wobei die Frage, ob der Staat diese Ausübung durch den Gerichtsvollzieher oder durch ein anderes Organ bewirkt, ganz aus dem Spiele bleibt. Gaupp legt aber offenbar darauf Wert, daß die den Zwangsverkauf vorbereitende Pfändung ein einseitiger Akt der Staatsgewalt, daß ihr rechtsgeschäftlicher Charakter nicht der eines erzwungenen Faustpfandvertrages zwischen Gläubiger und Schuldner, und daß deshalb auch für ihre Tragweite nicht der Wille dieser beiden Personen, sondern lediglich der die Rechtshandlung allein beherrschende Wille der Staatsgewalt maßgebend sei. Da nun aber dieser Wille der Staatsgewalt doch eben auf nichts anderes, als auf Vollziehung des Gesetzes gerichtet sein kann, hat die Beweisführung Gaupps das mißliche, daß man bei ihr in die Gefahr des Kreislaufs gerät. Dieser Gefahr entgehen wir durch eine andere Fassung der Frage: ist die C.P.O. dahin auszulegen, daß durch den Pfändungsakt ein zuvor schon auf dem Objekt der Pfändung ruhendes Pfandrecht aufgehoben werden kann? Und hierauf gibt der § 709 Abs. 2 der C.P.O. die Antwort, daß das Pfändungspfandrecht dem Vollstreckungsgläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte gewährt, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht. Ob durch ein solches die früher bestandenen Pfandrechte aufgehoben werden können, bleibt Sache des Landesrechts, in welches die C.P.O. weiter, als ihr gesetzgeberischer Zweck es erfordert, nicht eingreifen will. Wenn aber nach partikularem Civilrecht eine Faustpfandbestellung jene Wirkung hat, so muß nach dem nicht mißzuverstehenden Ausspruch der C.P.O. dieselbe Rechtswirkung auch zufolge des Pfändungsaktes eintreten.

III.

Freilich ist diese Wirkung des Pfändungsaktes nach dem

nicht vertreten könne, sondern unter dem Hinweis darauf, daß die Befugnis zur Verwaltung des Vermögens der Ehefrau, als ein höchst persönliches Recht des Mannes, der Ausübung durch dritte Personen nicht zugänglich sei. — Vgl. auch Lämmert, bei Boscher, Band XXXII. S. 166 Note 6.

sonstigen Inhalt der C.P.O. nicht notwendig eine definitive und kann es nicht sein, weil der Gerichtsvollzieher auf die etwaigen Rechte dritter Personen an Gegenständen, die er im Gewahrsam des Schuldners vorfindet, keine Rücksicht nehmen darf. Stünde demnach dem Unterpfandsgläubiger ein Widerspruch im Sinne des § 690 der C.P.O. zu, so vermöchte wohl die Bestimmung des § 709 Abs. 2 ihm bei rechtzeitigem klagbaren Vorgehen keineswegs zu schaden. Denn was durch die Widerspruchsklage Gegenstand richterlicher Entscheidung wird, ist ja gerade die Frage, ob das streitige Objekt der Zwangsvollstreckung unterworfen oder im Hinblick auf das überwiegende Recht des Klägers von derselben auszunehmen sei. Und diese Frage wird, was die thatsächlichen Voraussetzungen des klägerischen Rechtes betrifft, grundsätzlich nach dem Zustand nicht zur Zeit der Klagerhebung, sondern zur Zeit der Pfändung sich beantworten. Im Falle des § 690 wäre es demnach wohl ganz ungerechtfertigt, auf den Umstand, daß durch den angefochtenen Akt der Pfändung selbst eine thatsächliche Existenzbedingung des klägerischen Civilrechtsanspruchs weggefallen sei, irgend Gewicht zu legen. Der Rechtsbehelf des § 690 ist nun aber durch die ausdrückliche Bestimmung des § 710 Abs. 1 der C.P.O. dem Pfandgläubiger, der sich nicht im Besitz der gepfändeten beweglichen Sache befindet [1]), abgesprochen [2]), und die Klage,

1) Darauf, daß das Gesetz nicht im Perfektum spricht, soll, wie aus dem oben Gesagten erhellt, kein Wert gelegt werden. Es muß für die Anwendung des § 690 genügen, wenn der Besitz wenigstens zur Zeit der Pfändung bestanden hat. Im übrigen kann der seltene Ausnahmefall des dem Unterpfandgläubiger eingeräumten Pfandbesitzes hier keine weitere Berücksichtigung finden.

2) Vgl. Jahrb. der württ. Rechtspflege. Band I. S. 282. Die Argumentation des Reichsgerichts, Entsch. in Civils. Band XVII. S. 325, daß der § 710 nur von Pfandrechten an Mobilien als solchen spreche, erscheint nicht zutreffend. Aus dem Gesetz ist vielmehr nur soviel zu entnehmen, daß die Pfändung eine Mobiliarpfändung sein muß, sofern ja der § 710 zu dem von der Mobiliarvollstreckung handelnden Titel gehört. Wären unsere Pertinenzen kraft Gesetzes unbewegliche Sachen, so würde der § 685 ausreichen. Nicht unbedenklich ist dagegen der Ausweg, welchen die preußische Gesetzgebung

welche an seiner Stelle gewährt wird, läßt den Rechtsbestand des Pfändungsaktes durchaus unangetastet, weshalb die im Falle des § 690 geltenden Grundsätze hierher nicht ohne weiteres übertragen werden können. Hier handelt es sich nicht um die Wiederherstellung eines durch die Pfändung gestörten Rechtszustandes, aber auch nicht um unveränderte Geltendmachung eines schon vor derselben bestandenen materiellen Klagrechts. Vielmehr greift der § 710 in weit erheblicherem Maße, als § 690, in das Civilrecht ein. Er beschränkt nicht nur, wie dieser, die Geltendmachung des Anspruchs auf die Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens [1]), erweitert nicht nur das Klagrecht, indem er es gegen den Gläubiger und den Schuldner zugleich gewährt, sondern er verändert auch den Inhalt des Anspruchs insofern, als er einerseits nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse bietet, andererseits aber die betagte Forderung ähnlich dem § 58 der K.O. behandelt, wie wenn sie fällig wäre. Daß also die in § 710 genannte Klage in dieser Gesetzesstelle selbst einen Teil ihrer civilrechtlichen Grundlagen findet, wird sich nicht bezweifeln lassen. Ebenso gewiß ist aber andererseits, daß der durch den Pfändungsakt begründete prozeßrechtliche Zustand allein den Anspruch des Klägers nicht hervorbringt, daß es trotz aller Modifikationen der C.P.O. das zuvor bestandene subjektive Privatrecht ist, welches der Kläger im Gewande des § 710 verfolgt. Und deshalb entsteht hier von neuem die im Falle des § 690 viel einfacher zu beantwortende Frage, ob ein im Moment der Klagerhebung noch bestehendes Pfandrecht den unerläßlichen Klagegrund bildet, oder ob ein Pfandrecht genügt, welches

nach der Mitteilung Gaupps (bei Boscher XXIX. S. 272) durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 eingeschlagen hat. Denn solange die Pertinenzen bewegliche Sachen bleiben, kann dem Pfandgläubiger als solchem ein Widerspruchsrecht im Fall ihrer Pfändung angesichts des § 710 der C.P.O. doch wohl im Wege der Landesgesetzgebung nicht zu teil werden.

1) Zunächst in dem Sinn, daß der Anspruch in dieser Form nur bis zur Ausbezahlung des Erlöses möglich ist. Uebrigens wird auch eine nachträgliche Bereicherungsklage aus civilrechtlichen Gründen verschiedener Art wohl kaum mit Erfolg durchzuführen sein.

wenigstens im Moment der Pfändung bestanden hat. Für die letztgenannte Auffassung wäre der Klagegrund wohl nichts anderes, als die durch den Pfändungsakt eingetretene Vernichtung des dinglichen Rechtes, der Anspruch wäre ein — durch den Verkaufswert des Pfandobjektes in seiner Höhe begrenzter — Anspruch auf Leistung des Interesses. Schon die praktischen Konsequenzen dürften aber einer solchen Konstruktion hindernd im Wege stehen. Eine Interesseklage müßte beispielsweise bestehen bleiben, wenn das Pfandobjekt nach der Pfändung zufällig oder durch Schuld eines Dritten untergeht, und dieser Untergang ohne die Pfändung vermieden worden wäre. Der Grund, weshalb ein solches Resultat uns widerstrebt, ist nun offenbar in dem dinglichen Charakter des in § 710 genannten Befriedigungsanspruchs zu suchen. Und diesen dinglichen Anspruch will die C.P.O., falls er nicht in irgend einer Form die Pfändung überdauert hat, nicht etwa von neuem schaffen. Vielmehr setzt sie, worauf namentlich der Ausdruck „seinen Anspruch" deutlich hinweist, ein an dem Gegenstand der Vollstreckung haften gebliebenes Pfandrecht voraus, das im Moment der Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher diesen Erlös [1]) ergreift. Die civilrechtliche Klage, die sich unter der Hülle des § 710 der C.P.O. verbirgt, ist demnach keine andere, als die Pfandklage gegen den dritten Besitzer [2]).

IV.

Diese Pfandklage gegen den dritten Besitzer, gerichtet auf die von der Hauptsache losgetrennte Pertinenz, soll nun der herrschenden Lehre zufolge nach württ. Unterpfandsrecht, so lange die Pfandschuld nicht verfallen ist, regelmäßig nicht stattfinden. Was von den Früchten nach Art. 49 Ziff. 3 des Pfandgesetzes unzweifelhaft gilt, daß sie nämlich bis zur Erhebung

1) Vgl. Gaupp, Komm. z. C.P.O. § 710. Bem. VI. a. E.

2) Natürlich paßt diese Bezeichnung nur insoweit, als die Klage des § 710 gegen den Vollstreckungsgläubiger gerichtet ist. Die daneben fakultativ zugelassene Klage gegen den Schuldner hat aber denselben Klagegrund.

der Schuld- oder Pfandklage [1]) vom Grundstückseigentümer ohne weiteres veräußert, verfaustpfändet oder pachtweise vergeben werden können, das soll auch auf die Pertinenzen entsprechende Anwendung finden. Auch sie sollen insolange der pfandfreien Veräußerung durch den Verpfänder unterliegen, und es soll der Pfandgläubiger gegen Benachteiligungen dieser Art keinen andern Rechtsbehelf haben, als die Befugnis sofortiger Kündigung nach Art. 52 des Pfandgesetzes [2]), die zwar, durch Ermöglichung der Schuld- und Pfandklage Schutz gegen künftige Eingriffe, dagegen keinerlei Abhilfe gegen die bereits eingetretene Verminderung der Sicherheit gewährt.

Ob dieser Rechtssatz für die Pertinenzen richtig ist, wird sich erst im folgenden Abschnitt zeigen. Was zunächst geprüft werden soll, ist die Frage, ob, seine Richtigkeit vorausgesetzt, vor eingetretenem Verfalltermin ein Anspruch im Sinn des § 710 der C.P.O. wegen Pfändung von Pertinenzen gleichwohl möglich ist, und ob dieselbe Ausnahme auch bei den Früchten zutrifft [3]). Beides rechtfertigt sich scheinbar durch den Wortlaut des § 710 der C.P.O. insofern, als es ja hiernach auf die Fälligkeit der Schuld nicht ankommen soll. Nun fordert aber, um zunächst bei den Früchten stehen zu bleiben, der Artikel 49 Ziff. 3 des Pfandgesetzes, damit das Unterpfandsrecht auch die Früchte in sich begreifen könne, nicht bloß den Eintritt des Verfalltermins, sondern außerdem die Erhebung der Schuld- oder Pfandklage. Und wenn auch eingeräumt wer-

1) Von dem Fall der Konkurseröffnung kann hier und im folgenden abgesehen werden

2) Ein unmittelbares Klagrecht auf Ergänzung der Sicherheit gewährt der Artikel 52 nicht. Vielmehr kann der Schuldner zu dieser Ergänzung, wie zu jeder andern Verbesserung der in ihrem Wert geminderten Substanz, nur indirekt, eben durch das Mittel der Kündigung, angehalten werden.

3) Letzteres wird von Pfizer (bei Boscher, Band XXIX. S. 100. 101) ausdrücklich angenommen. Aber auch Gaupp will (das. S. 267) die Früchte mit den Pertinenzen gleich behandeln, und nur die Ausführungen in seinem Kommentar (Band III. S. 276) lassen nicht so deutlich wie bei den Pertinenzen erkennen, ob er die Pfandklage als zuvor erhoben unterstellen oder durch die Klage des § 710 ersetzen will.

den soll, daß die rechtserzeugende Thatsache [1]) gleichwohl nicht die Klage ist, das Pfandrecht vielmehr mit der Frucht selbst vermöge des Grundsatzes erwächst, der die Teile dem Schicksal des Ganzen unterwirft, so erhellt doch aus der Bestimmung des Pfandgesetzes soviel, daß ein selbständig verfolgbares Recht an den Früchten vor Erhebung der Schuld- oder Pfandklage nicht existiert. Wenn also hierin durch die Klage des § 710 eine Aenderung eintreten soll, so müßte in ihr selbst eine der Klagen des Art. 49 Ziff. 3 gefunden werden. Dem Vollstreckungsgläubiger gegenüber kommt von denselben natürlich nur die Pfandklage in Betracht. Unstreitig ist aber das Erfordernis der Pfandklage nach Art. 49 Ziff. 3 kein bloß formelles in dem Sinne, daß der Pfandgläubiger durch ihre Erhebung jederzeit Befriedigung aus den Früchten nach ihrem jeweiligen Bestand erlangen könnte. Vielmehr will der Art. 49 Ziff. 3 den gesetzlichen [2]) Anspruch des Pfandgläubigers materiell beschränken. Er spricht aus, in welchem Umfang die Pfandklage, falls sie überhaupt angestellt werden darf, in Absicht auf die Früchte wirksam werden soll. Die Früchte gelten dabei lediglich als Accessionen, die in Rede stehende Pfandklage, sei es auf Herausgabe an die Behörde zum Zweck sofortigen Pfandverkaufs, sei es auf Schutz gegen unbefugte Störungen, muß notwendig auf die Hauptsache gerichtet sein. Und von einer Pfandklage in diesem Sinne kann man sicherlich nicht behaupten, daß die Klage des § 710 sie ersetze oder „involviere". Das hypothekarische Recht an der Hauptsache bleibt von der Pfändung der Früchte und von der Klage des § 710 ganz unberührt. Mit keinem Wort ist in diesem Paragraphen davon die Rede, daß die Pfandklage in Absicht auf andere, gleichzeitig mit dem Voll-

1) Jahrb. Band I. S. 172. — Das Früchtepfandrecht erst mit der Separation eintreten zu lassen, erlaubt für das hypothekarische Recht die Fassung des Pfandgesetzes nicht. Aber auch für das Vollstreckungspfandrecht (vgl. Mandry, civilrechtl. Inhalt, § 26 bei Note 5) ist diese Annahme wohl nicht begründet.

2) Anders verhält es sich natürlich im Fall des antichretischen Vertrags, der aber hier nicht zu erörtern ist.

ſtreckungsobjekt verpfändete Gegenſtände als erhoben gelten ſolle. Was aber noch wichtiger iſt, die gegenteilige Auffaſſung führt in Anſehung der Früchte zu einem materiell[1]) ganz unhaltbaren Reſultat. Denn bei ihr würde der Unterpfandsgläubiger bloß wegen der zu gunſten eines Dritten verfügten Pfändung zu einer Befriedigung aus Früchten gelangen, die er andernfalls zu dieſem Zwecke zu verwenden weder jetzt noch jemals in Zukunft in die Lage gekommen wäre. Es würde alſo das Gegenteil von dem erreicht, was der Art. 49 Ziff. 3 des Pfandgeſetzes will, und zwar gerade auf Grund der Annahme, als involviere die Klage des § 710 die Pfandklage im Sinne jener Geſetzesſtelle. Bei den Pertinenzen kommt nun aber, falls in der That auch an ihnen das Pfandrecht bis zur Erhebung der Pfandklage auf die Hauptſache ohne ſelbſtändigen Schutz ſein ſollte, noch eine weitere Schwierigkeit für die Durchführung der gegneriſchen Rechtsanſicht hinzu. Denn während bei den Früchten das Pfandrecht von dem Gewahrſam des Grundſtückeigentümers gar nicht abhängt, und es deshalb hier die Pfändung auf dem Halm, als einen Spezialfall der ſ. g. ſymboliſchen Pfändung, zu überdauern vermag, müßte bei den Pertinenzen nach den in Abſchnitt I gegebenen Ausführungen die Pfandklage vor der Pfändung erhoben ſein. Hier wäre alſo mit der Annahme einer durch die Klage des § 710 involvierten Pfandklage auf die Hauptſache noch gar nicht geholfen. Vielmehr müßte man die Wirkung dieſer Pfandklage ſchon auf den Moment der Pfändung ſelbſt zurückverlegen, was nach der Darlegung in Abſchnitt III nicht angeht. Im übrigen läßt ſich auch bei den Pertinenzen, ſobald man einmal den Standpunkt der Gegner einnimmt, wohl kaum behaupten, daß

1) Dies iſt auch in der Rechtſprechung anerkannt. Vgl. Jahrb. Band I. S. 286 ff, Boſcher's Zeitſchr. Band XXX. S. 270. Mit Grund iſt in der letztgenannten Entſcheidung hervorgehoben, daß die Pfändung der Früchte auf dem Halm auch dem früheren württ. Exekutionsrecht (Exek.-Geſ. Art. 43. Novelle vom 13. Nov. 1855 Art. 14) bekannt war. Bolley, Komm. Band II. § 455, empfiehlt ſie ſogar beſonders für die Beitreibung öffentlicher Abgaben, was er bei möglicher Kolliſion mit hypothekariſchen Anſprüchen ſicherlich unterlaſſen hätte.

in der Schutzlosigkeit des Pfandgläubigers gegen Exekutionsangriffe anderer Gläubiger seines Schuldners ein besonderer Mißstand zu finden sei. Beschränkt sich in der That die Befugnis des Pfandgläubigers in Absicht auf die Pertinenz dahin, daß er sie nur mit der Hauptsache zusammen, und auch dann nur in ihrem jeweiligen thatsächlichen Bestand, zu seiner Befriedigung verwenden kann, so geschieht ihm durch deren Abpfändung vor erhobener Pfandklage kein materielles Unrecht. Wenn aber je von einer Lücke des Rechtsganzen im vorliegenden Fall die Rede sein könnte, so hat nicht die Justizgesetzgebung von 1879, sondern das württ. Pfandgesetz dieselbe geschaffen.

V.

Zu dem Rechtssatz, daß die losgetrennte Pertinenz allein nicht Gegenstand einer Pfandklage gegen den dritten Besitzer sein könne, läßt sich, von dem Wortlaut des Pfandgesetzes zunächst abgesehen, unter zwei theoretischen Gesichtspunkten gelangen. Beide haben eine gewisse innere Verwandtschaft um deswillen, weil es sich bei beiden gleichmäßig um ein Verhältnis der Accession zur Hauptsache handelt. Historisch betrachtet treffen dieselben aber auf dem Gebiet unserer Kontroverse in sofern zufällig zusammen, als sie ganz verschiedenen Perioden der Rechtsentwicklung ihr Dasein verdanken. Der eine dieser Gesichtspunkte ist die auch nach gemeinem Recht vielumstrittene Rechtsanschauung von der Notwendigkeit des Ausscheidens weggeräußerter Stücke einer verpfändeten Sachgesamtheit aus dem Pfandnexus. Der andere besteht in dem Verbot der Mobiliarhypothek, zu welchem unser württ. Pfandgesetz grundsätzlich sich bekennt, und aus welchem abgeleitet werden möchte, daß die ausnahmsweise Behandlung einer beweglichen Sache als Objekt eines Unterpfands, wie unzweifelhaft für die Entstehung, so auch für die Fortdauer des hypothekarischen Rechtes einen äußerlich erkennbaren Zusammenhang mit der verpfändeten unbeweglichen Hauptsache zur unerläßlichen Voraussetzung habe. Der erste Gesichtspunkt ist einer ausnahmslosen Anwendung nicht fähig, weil nach unserem Recht auch einzelne bewegliche

Sachen, nicht bloß Gesamtheiten solcher, in der Eigenschaft von Zubehörungen zum Unterpfand bestellt werden können, und auf solche einzelne Pertinenzen jener Satz nicht paßt. Aber auch der zweite Gesichtspunkt wird wohl von keinem Vertreter der gegnerischen Ansicht streng durchgeführt. Am weitesten geht in dieser Richtung vielleicht Seeger [1]), der hervorhebt, daß bei Veräußerung beweglicher Sachen nicht, wie bei der von Immobilien, eine Aufsicht der Behörde stattfinde, auch daß die Zulassung der Pfandklage gegen den dritten Erwerber der Pertinenz den Verkehr mit Gegenständen dieser Art sehr unsicher machen würde. Dieser Motivierung gegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß mit der Erhebung der Pfandklage in Richtung auf die Hauptsache die von Seeger vermißte Aufsicht der Behörde durchaus nicht unmittelbar eintritt, daß also auch nach diesem Zeitpunkt eine Veräußerung der Pertinenz durch den Verpfänder vorkommen kann, gegen welche die Gegner einen dinglichen Schutz zu gewähren durch ihren eigenen Standpunkt genötigt sind. Aber auch vor der Pfandklage auf die Hauptsache pflegen von der Regel, kraft welcher das Pfandrecht mit dem thatsächlichen Zusammenhang erlöschen soll, die Vertreter der gegnerischen Ansicht namhafte Ausnahmen zuzulassen. So Hirsch [2]) für den Fall der Requisition der Pertinenz zu militärischen Zwecken, Gaupp [3]) und Lang [4]) für den Fall der Beiseiteschaffung durch den Verpfänder in der Absicht, dem Pfandgläubiger den Zugriff unmöglich zu machen. Derselbe Wille des Verpfänders soll also in dem einen Falle, nämlich dem der Veräußerung vor Erhebung der Pfandklage,

1) Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I. S. 198. — Daß eine gewisse Aufsicht über die Pertinenzen nicht unmöglich ist, zeigt die später erlassene Vorschrift des Art. 33 der Novelle von 1855. Freilich ist ein derartiger Schutz, wie schon oben S. 348 bei N. 2 bemerkt, nicht ausreichend. Die Besorgnis Seegers für die Sicherheit des Verkehrs dürfte aber nicht begründet sein, da in dieser Richtung schon zur Zeit des Pfandgesetzes der Einwand redlichen Erwerbes (s. unten S. 361. N. 3) Abhilfe gewähren konnte.

2) Bolscher, Band XXIX. S. 300.

3) Daselbst S. 266 bei Note 13.

4) Sachenrecht, § 194 Note 19.

die Macht haben, der Pertinenzeigenschaft und damit dem Pfandrecht ein Ende zu bereiten, während ihm in anderen Fällen diese Macht versagt wird. Vergeblich sucht man ein diese Unterscheidung rechtfertigendes inneres Prinzip. Auch das von Lang aufgestellte Kriterium der Absicht definitiver Loslösung erscheint hiezu nicht geeignet. Denn auf ein definitives Aufhören der Gebrauchsbeziehung geht der Wille des Verpfänders auch im Fall eines nach Erhebung der Pfandklage auf die Hauptsache geschehenen Verkaufs, und doch müssen die Gegner an der Hand ihrer eigenen Lehre diesem Willen die rechtliche Wirksamkeit versagen.

An positiven Bestimmungen des württ. Rechts bieten sich vor allem die Artikel 3 und 51 des Pfandgesetzes dar. Beide stimmen insofern überein, als sie die Existenz des Pfandrechts an das Vorhandensein der Pertinenzeigenschaft knüpfen. Darüber jedoch, welche Thatsachen die Pertinenzeigenschaft aufzuheben geeignet seien, ist unmittelbar gar nichts gesagt. Es ist deshalb erforderlich auf diese Frage näher einzugehen, und zwar um so mehr, als die württ. Pfandgesetzgebung speziell für die Verpfändung einen anderen Pertinenzbegriff, als für sonstige Rechtsgeschäfte, aufstellt. Vom Pfandrecht abgesehen sind Zubehörungen im rechtlichen Sinne auch in Württemberg solche Sachen, welche, ohne deren Bestandteile darzustellen, zu einer anderen Sache in derartigem Zusammenhang der Zweckbestimmung stehen, daß eine rechtliche Verfügung, welche über die letztere — als die Hauptsache — getroffen wird, ohne besonderen Willensausdruck ganz von selbst auch die ersteren — als die Nebensachen — ergreift. Das Pfandgesetz bestimmt nun aber in Art. 190 klar und unzweideutig [1]), daß gerade diese Wirkung, in welcher die rechtliche Bedeutung der Pertinenzeigenschaft nach der sonst gültigen Begriffsbestimmung sich erschöpft [2]), bei der Verpfändung niemals eintreten soll. Wäre dies die einzige Abweichung,

1) Vgl. Jahrb. Band I. S. 25. A. M. Pfizer in Boschers Zeitschr. Band XXIX. S. 72—80.

2) Vgl. Windscheid, Pand. § 143 Note 2.

ſo möchte dabei immerhin der allgemeine Begriff der Zubehörung beibehalten worden ſein, um für die Zuläſſigkeit der Verpfändung beweglicher Sachen als Zubehör von unbeweglichen das Unterſcheidungsmerkmal zu bilden. Auch dies iſt aber nach der unzweifelhaften Abſicht der Pfandgeſetzgebung nicht der Fall [1]). Vielmehr können in der Eigenſchaft als Zubehörung nach dem Pfandgeſetz und der Hauptinſtruktion Dinge verpfändet werden, welche zu der Hauptſache zwar auch noch in einem Zuſammenhang der Zweckbeſtimmung, aber keineswegs in einem ſolchen ſtehen müſſen, wie er für die ſtillſchweigende Ausdehnung der Willenserklärung von der Hauptſache auf die Nebenſache erforderlich wäre. Von einer den Dingen innewohnenden [2]) Eigenſchaft als Zubehörung kann alſo hier

1) Pfandgeſetz Art. 190, Hauptinſtr. §§ 66. 67. Jahrb. Band I. S. 23—26. A.M. für das gemeine Recht das Reichsgericht, Entſch. in Civilſ. Band XV. S. 216, für das württ. Recht Hirſch, bei Boſcher, Band XXIX. S. 110.

2) Eine ſolche iſt übrigens auch gemeinrechtlich nicht anzuerkennen. Die Quellen freilich gebrauchen den Ausdruck aedificii, fundi esse u. ſ. w, gerade wie ſie bei den Servituten ſagen: servitus praedio debetur, fundus fundo servit. Allein hier, wie dort, iſt dieſe Bezeichnungsweiſe nicht buchſtäblich zu nehmen (vgl. Windſcheid, Pand. § 201 bei Note 6 und die oben unter I. citierte Bemerkung Pfizers). Wenn aber gleichwohl bei den Grunddienſtbarkeiten ein dingliches Verhältnis zwiſchen der herrſchenden und dienenden Sache in dem Sinn beſteht, daß die Rechte und Pflichten der Inhaber beider Sachen, ſolange dieſe nicht in einer Hand vereinigt werden, zum voraus beſtimmt ſind, ſo findet ſich davon bei den Pertinenzen keine Spur. Hier iſt ja von Hauſe aus Haupt- und Nebenſache in derſelben Hand vereinigt, welche mit ihnen nach Gefallen ſchalten mag. Wenn alſo die Quellen unterſuchen, ob eine Sache zur andern gehöre, ſo handelt es ſich dabei nicht um Konſtatierung eines an und für ſich an dieſen Sachen beſtehenden Rechtsverhältniſſes. Vielmehr kann jene Frage überhaupt nur aufgeworfen werden im Hinblick auf eine die Hauptſache betreffende Rechtshandlung. Der in l. 17 § 7 D. 19, 1 aufgeſtellte Satz: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii, iſt nichts anderes, als eine Regel für die Auslegung von Willenserklärungen. Und der Wille, welcher die Sache im rechtlichen Sinne zur Pertinenz macht, iſt auch für das gemeine Recht der (präſumtive) Wille der Beteiligten, bei zweiſeitigen Rechtsgeſchäften alſo der Wille beider Kontrahenten. Die Abweichung des württ. Pfand-

keinenfalls mehr gesprochen werden, sie verdanken diese ihre Eigenschaft auch nicht dem Willen des Inhabers allein, sondern sie werden Zugehörungen im Sinne des Pfandgesetzes durch den übereinstimmenden Willen des Gläubigers und des Verpfänders. Hiebei muß aber auch jede Unterscheidung zwischen gesetzlichen und gewillkürten Pertinenzen in Wegfall kommen. Zur Entstehung des pfandrechtlichen Accessionsverhältnisses ist also ohne Rücksicht auf die Intensität des wirtschaftlichen Zusammenhangs stets erforderlich:

1. daß der Gegenstand seiner Beschaffenheit zufolge geeignet sei, mit der Hauptsache zusammen einem und demselben Zwecke zu dienen;

2. daß die Beteiligten vermöge des Pfandeintrags diesen Gegenstand für eine Zubehörung der Hauptsache erklärt haben;

3. daß die Gebrauchsbeziehung zwischen Haupt- und Nebensache sich — sei es schon im Moment des Pfandeintrags, sei es zu irgend welcher späterer Zeit — einmal verwirklicht habe.

Aus dem Erfordernis unter Ziff. 3 folgt keineswegs, daß es ebenso umgekehrt in die Willkür des Verpfänders gegeben sein müßte, durch einseitige Aenderung der Gebrauchsbeziehung oder durch Veräußerung der Nebensache deren Pertinenzeigenschaft wieder aufzuheben. Schon das gemeine Recht bietet für eine solche Auffassung keinen Anhaltspunkt. Im Gegenteil bestimmt l. 17 §§ 10. 11. D. 19, 1, daß, sobald einmal die Zweckbestimmung an der Pertinenz sich verwirklicht hat, die Pertinenzeigenschaft durch eine vorübergehende räumliche Entfernung der Nebensache von der Hauptsache nicht beeinträchtigt werde. Wenn aber im Zusammenhang hiemit gelehrt zu werden pflegt, die Zweckbestimmung müsse eine bleibende, die Loslösung dürfe keine definitive sein, so hat dieser Gedanke doch zunächst nur da seine Berechtigung, wo es sich um die Frage der Subsumtion der Nebensache unter ein bestimmtes Rechtsgeschäft im Augenblick seines Abschlusses handelt.

gesetzes von dem gemeinen Recht besteht also nur einmal darin, daß dieser Wille stets ausdrücklich erklärt sein muß, und sodann in der Erweiterung des Kreises der möglichen Zugehörungen.

Es richtet sich also beispielsweise beim Kauf der Umfang der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Uebergabe des Kaufsgegenstandes, was die Pertinenzen anlangt, danach, ob die einzelne Sache im Moment des Kaufsabschlusses für die Zwecke der verkauften Hauptsache zu dienen bleibend bestimmt ist. Die so eingetretene Rechtswirkung ist aber beim Kauf und anderen, auf eine einmalige Leistung gerichteten Rechtsgeschäften selbstverständlich immer eine definitive. Nachdem er einmal in diesem durch die thatsächlichen Umstände zur Zeit des Abschlusses bestimmten Umfang verkauft hat, kann es dem Verkäufer unmöglich freistehen, in der Zwischenzeit bis zur Uebergabe einzelne Zugehörungen durch Veräußerung an einen Dritten von der Hauptsache loszulösen und so dem Käufer zu entziehen. Bei Rechtsgeschäften, welche die Verbindlichkeit zu einer dauernden Leistung begründen, kann allerdings das Moment der bleibenden Gebrauchsbeziehung noch in anderer Richtung in Frage kommen. Es kann hier der Fall eintreten, daß die von dem Rechtsgeschäft betroffene Pertinenz ihrer Natur nach beständigem Wechsel oder periodischer Erneuerung unterworfen ist. Gleichwohl hat auch bei einem solchen Rechtsgeschäft, als dessen Beispiel die Miete [1]) gelten mag, der Eintritt jener Notwendigkeit keineswegs zur Folge, daß die bisherige Pertinenz von dem Verpflichteten einseitig aus dem Obligationsverbande losgelöst werden kann. Vielmehr geschieht

1) Ein solches Beispiel für die Miete bietet auch l. 19 § 2. D. 19, 2, wenn man berechtigt ist, entgegen den für den Fall des Legates gegebenen Bestimmungen der l. 1. pr. l. 2 § 1. D. 33, 7. l. 14. D. 33, 10 hier das Gutsinventar als stillschweigenden Gegenstand des Grundstückspachtes anzusehen. Für diese Annahme ist geltend zu machen, daß die Frage, in welchem Umfang die Nebensachen auch ohne ausdrückliche Willenserklärung der Beteiligten dem Schicksal der Hauptsache unterworfen seien, von den wirtschaftlichen Gewohnheiten und Bedürfnissen bestimmt und daher für jedes Rechtsinstitut gesondert zu beurteilen ist. Will man aber im Falle der l. 19 § 2 D. 19, 2 die ausdrückliche Verpachtung des Gutes samt Inventar unterstellen, so hat man es hier mit einer römischrechtlichen Analogie unserer gewillkürten Zugehörungen zu thun. Denn von zwei Pachtverträgen, wie l. 1 pr. D. 33, 7 von zwei Legaten, spricht die Stelle nicht.

dies lediglich unter dem Gesichtspunkt der Surrogation; der Umfang der Verpflichtung bleibt derselbe, und nur der Gegenstand der Leistung wird im Wege der Uebereinkunft der Beteiligten, oder, falls eine solche nicht zu Stande kommt, im Wege des Richterspruchs ein anderer. Für die Pertinenzen des württ. Pfandgesetzes kann aber das Requisit bleibender Gebrauchsbeziehung, sofern daraus der ursprüngliche Umfang des Rechtsgeschäftes entnommen werden soll, deshalb nicht in Betracht kommen, weil dieser Umfang aus dem Pfandeintrag selbst hervorgehen muß. Und was die Möglichkeit der Surrogation betrifft, so muß hier bei einem auf die Dauer berechneten dinglichen Rechte um so mehr der schon für obligatorische Rechtsgeschäfte aufgestellte Satz gelten, daß sie nicht einseitig, sondern nur auf Grund der Willenseinigung beider Teile stattfindet [1]).

Wächter [2]), dessen Ausführungen für die herrschende Ansicht wesentlich bestimmend zu sein scheinen, stützt dieselbe denn auch keineswegs auf die Natur der Sache und des Pertinenzbegriffs. Vielmehr ist ihm der Gedanke ausschlaggebend, daß der Artikel 3 des Pfandgesetzes in den Worten: „solange sie diese Eigenschaft haben" keine bloße Tautologie enthalten könne. Er gibt als sinngemäße Redaktion des Art. 3 folgende Sätze: „Bewegliche Sachen, welche Zugehörungen von Immobilien sind, sind Gegenstand des Unterpfands (richtiger wohl: können Gegenstand sein); aber sie bleiben es nur, solange sie diese Eigenschaft haben. Verlieren sie also diese Eigenschaft, so hören sie auf, unter dem Pfandnexus zu stehen." Wie aus dem Bisherigen hervorgeht, kann man diese Sätze ruhig unterschreiben, ohne darüber, wodurch die Eigenschaft der

1) Selbstverständlich kann eine solche Willenseinigung auch schon zum voraus gleich bei der Verpfändung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wovon unter VI. des Näheren zu handeln ist. Was an dieser Stelle untersucht werden will, ist lediglich die Frage, ob aus dem Pertinenzbegriff des Pfandgesetzes selbst die Befugnis des Verpfänders zur einseitigen Loslösung der Pertinenz abzuleiten sei.

2) Erörterungen, Heft I. S. 48 ff.

Zugehörung verloren gehen soll, irgend etwas eingeräumt zu haben. Gleichwohl hat der Artikel 3, im Sinne dieser Sätze verstanden, in der That einen legislativen Inhalt, und zwar den, daß wie die Entstehung, so auch ein Fortbestand des Unterpfandrechtes nur an den Zugehörungen als solchen möglich ist. Es steht also beispielsweise nicht in der Macht der Beteiligten, die Hypothek an der Hauptsache erlöschen, an den bisherigen Zugehörungen aber fortbestehen zu lassen. Ebensowenig können sie die Zubehör unter vertragsmäßiger Aufhebung ihrer Pertinenzeigenschaft auf einen anderen Besitzer mit der Wirkung übergehen lassen, daß das Unterpfand fortbesteht. Wenn sodann Wächter neben dem Artikel 3 auch den Art. 51 des Pfandgesetzes und die gegenseitige Bezugnahme beider Gesetzesstellen auf einander ins Feld führt, so ist es einfach nicht richtig, daß der Art. 51 ein Ausscheiden der wegveräußerten Pertinenz aus dem Pfandnexus ausspricht. Von der Wirkung einer Veräußerung ist auch hier nicht die Rede, sondern wiederum bloß von der Pertinenzeigenschaft als Bedingung des Pfandrechts. Aber auch von dem Aufhören des Pfandrechts sagt der Artikel nichts. Er bestimmt nicht, daß alle und nur diejenigen Sachen, die zur Zeit der Pfandklage die Pertinenzeigenschaft haben, dem Pfandrecht unterworfen seien, sondern vielmehr, daß dies auch bei den später, nach der Verpfändung, erworbenen Pertinenzen gelten solle. Freilich kann der erstere Sinn in die Stelle hineingelegt werden, und fordern beinahe die Regeln der Logik eine solche Interpretation. Immerhin deutet aber der Umstand, daß einer naheliegenden präzisen Fassung die unbestimmte Ausdrucksweise des Art. 51 vorgezogen wurde, auf die Absicht hin, die Streitfrage des Ausscheidens der Pertinenz aus dem Pfandnexus im Falle der Veräußerung der Theorie und Rechtsprechung zu überlassen. Eine solche Absicht ist um so wahrscheinlicher, weil andernfalls nach dem Vorgang des bayr. Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 [1]) die Frage wohl ausdrücklich und ex professo geregelt worden wäre.

1) Angeführt von Seeger, Komm. zum Pfandges. Band I. S. 198. Note 9.

Wenn es demgemäß als Aufgabe der Rechtsanwendung erscheinen muß, die Entscheidung unter Zuhilfenahme des gesamten Inhalts des Pfandgesetzes aus dessen allgemeinem Geiste heraus zu treffen, so mag auf die Artikel 93 und 114 darum hingewiesen werden, weil von den hier aufgestellten generellen Grundsätzen eine Ausnahme für die beweglichen Pertinenzen nicht gemacht ist. Als ausschlaggebend kann jedoch allein der Artikel 190 des Pfandgesetzes angesehen werden. Bei einem Pfandrechtssystem, welches die Pertinenzen nur stillschweigend, ipso iure, wie die Früchte, durch die Hypothek an der Hauptsache ergreifen ließe, könnte man ein Ausscheiden der Pertinenz aus dem Pfandnexus im Wege einseitiger Trennung durch den Verpfänder ganz natürlich finden. Einer Gesetzgebung aber, welche die ausdrückliche Verpfändung der s. g. Pertinenzen ohne Ausnahme fordert, ist doch im Zweifel nicht zuzutrauen, daß sie die Aufhebung des so ausdrücklich und vertragsmäßig begründeten dinglichen Rechtes in die einseitige Willkür des Verpfänders legen sollte. Wie früher zu zeigen versucht wurde, hat die Versagung der Pfandklage gegen den dritten Besitzer auch die Wehrlosigkeit des Pfandgläubigers gegen Exekutionsangriffe Dritter zur Folge [1]). Was bleibt aber von einem

1) So auch nach früherem württ. Exekutionsrecht. Der praktische Unterschied gegenüber dem heutigen Rechtszustand bestand wohl nur darin, daß vermöge der Vereinigung der Funktionen des Vollstreckungsorgans und des Vorstands der Unterpfandsbehörde in der Person des Ortsvorstehers eine rechtspolizeiliche Wahrung der Interessen des Unterpfandsgläubigers möglich war, ohne daß man nach der privatrechtlichen Grundlage eines solchen Verfahrens viel zu fragen nötig hatte Zu einer eigentlichen Kollision mochte es hienach nur dann kommen, wenn, ohne das Vorhandensein einer Ueberschuldung, für die Exekution zu Gunsten eines Kurrentgläubigers andere Objekte, als die verpfändeten Pertinenzen, nicht zu Gebote standen. In diesem Fall dürfte es aber der Exekutionsbehörde und dem etwa im Beschwerdeweg angerufenen Oberamtsrichter schwer geworden sein, die Freilassung der Pertinenzen von der Mobiliarpfändung, die nach Gaupp (bei Boscher, Band XXIX. S. 261) allgemeine Praxis gewesen sein soll, vom Standpunkt der gegnerischen Lehre aus zu begründen, während bei der im Text verteidigten Auslegung des Pfandgesetzes für das ältere Recht eine Befugnis des Unterpfandgläubi-

Pfandrecht überhaupt noch übrig, welches weder gegen Veräußerungsakte des Verpfänders, noch gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger einen Schutz verleiht? Das Recht, sich soweit nötig auch an die im Augenblick des Zugriffs vorhandene Fahrnis seines Schuldners zu halten, hat der Unterpfandsgläubiger so gut, wie jeder andere Gläubiger, auch ohne daß es ihm besonders eingeräumt wird. Der ihm gebotene Vorteil bestünde somit nur in einem Absonderungsrecht innerhalb des Konkursverfahrens, sowie in der Befugnis, nach eingetretenem Verfalltermin durch Anstellung der Schuld- oder Pfandklage eine dem Arrestschlag ähnliche Wirkung auf die Veräußerungsmacht des Schuldners auszuüben, also in Rechtszuständigkeiten, welche den Namen eines Pfandrechts nicht verdienen, und deren Erwerb die Mühe ausdrücklicher Bestellung eines solchen kaum verlohnen würde [1]).

VI.

Ist sonach eine Verfolgung des Unterpfandsrechts an der losgetrennten Pertinenz im Prinzip zuzulassen, so kommt doch in Betracht, daß die Befugnis pfandfreier Wegveräußerung derselben dem Verpfänder nach Lage des einzelnen Falles zum voraus schon eingeräumt sein kann. Diese Möglichkeit ist auch bei den einzeln verpfändeten Pertinenzen nicht ausgeschlossen. Einer besonderen Erörterung bedarf sie aber bei der verpfändeten Sachgesamtheit. Der Art. 51 des Pfandgesetzes trifft, wie zu zeigen versucht wurde, eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht nicht, und auch aus dem übrigen Inhalt des Gesetzes ist nichts zu entnehmen. Es muß also auf die Grund-

gers zum Widerspruch gegen die Pfändung behauptet werden muß. s. unten S. 364 N. 3.

1) Im ganzen zu demselben Resultate, wie die obige Ausführung gelangen: Bolley, Komm. Band I. S. 22, Mayer, Komm. Band I. S. 63–66, Reyscher, württ. Priv R. Band II. S. 87, § 316 Note 7. — Der gegenteiligen Ansicht sind, außer den schon Angeführten Hufnagel, Belehrung über das Pf. Ges. S. 26 (übrigens im Ausdruck sehr allgemein und mit Berufung auf Bolley, der doch das Gegenteil sagt) und Mandry, Vorlesungen über württ. Priv.R § 61 F I. 2a.

sätze des gemeinen Rechts zurückgegriffen werden, das als subsidiäre Rechtsquelle auch für pfandrechtliche Materien unerachtet der Pfandgesetzgebung im Grundsatz [1]) anzusehen ist. Hier besteht nun allerdings an der Hand der l. 34 pr. D. 20, 1 eine bis in die Zeit Carpzow's zurückreichende Kontroverse [2]). Betrachtet man jedoch die Stelle selbst, so ist für einen speziellen Fall, die Verpfändung eines Warenlagers, aus Gründen, die nicht angegeben, aber unzweifelhaft der Natur der Sache entnommen sind, das Ausscheiden der wegveräußerten Pfandstücke aus dem Pfandverbande ausgesprochen. Es ergiebt sich also auf Grund der Quellenstelle wohl dasselbe Resultat, welches auch ohne sie gefunden werden müßte. Ob und inwieweit der Verpfänder die wegveräußerten einzelnen Stücke der Gesamtheit — sei diese nun ein Warenlager oder ein anderes Begriffsganzes — vom Pfandnexus befreit, darüber entscheidet in erster Linie der (im Fall der l. 34 nur sehr allgemein ausgedrückte) Wille der Parteien, demnächst aber die Natur der Sache und das richterliche Ermessen. Letzteres wird insbesondere eintreten müssen, wenn es sich um das Maß der Veräußerungsbefugnis handelt, wenn also beispielsweise der Verpfänder die hypothezierten Waren im Wege eines durch die Umstände nicht gerechtfertigten Ausverkaufs losschlagen will. Freilich wird aber diese richterliche Entscheidung, von dem Fall der Pfändung abgesehen, meist nur das obligatorische Verhältnis, den Pfandkontrakt, betreffen, da die dingliche Klage gegen den Käufer der Ware regelmäßig an der Einrede des redlichen Erwerbes [3]) scheitern muß. Von dem Pfändungspfandgläubiger

1) Die Ausnahmen s. bei Wächter, württ. Priv.R. Band I. S. 1094. Die Regel enthält, allerdings auch in negativer Form, Art. 260 des Pf.Ges.: vgl. Jahrb. Band I. S. 301.

2) Zu vergl. Glück, Kommentar Band XVIII. S. 231 ff., Warnkönig im Archiv für civ. Praxis Band XI. S. 197—199, Wächter, Erörterungen Heft I. S. 21 ff., und unten S. 362 Abs. 2 der Note 3.

3) Diese Einrede kann natürlich auch bei wegveräußerten Einzelpertinenzen vorkommen. Ihre rechtliche Grundlage findet sie in dem durch Art. 258 des Pf.Ges. (dessen unmittelbare Anwendung Bolley von Wächter, Erörterungen Heft I. S. 48, in der Note, wohl mit Unrecht

als solchem kann diese Einrede nicht erhoben werden. Die Wirkung des § 709 Abs. 2 der C.P.O. erstreckt sich nicht soweit, daß geradezu der Abschluß eines Faustpfandvertrages fingiert würde (s. oben Ziff. II). Der Anspruch des redlichen Erwerbers verdankt aber seine heutige Entwicklung den Bedürfnissen des Verkehrs und kann deshalb auf ein lediglich durch Rücksichten prozeßrechtlicher Konstruktion hervorgerufenes Institut, wie das Pfändungspfandrecht, nicht übertragen werden. Ob im übrigen dem Unterpfandsgläubiger gegen Exekutionsangriffe auf Bestandteile einer verpfändeten Sachgesamtheit ein weitergehender Schutz, als gegen freiwillige Veräußerungen des Schuldners zu gewähren sei, ist nicht unzweifelhaft. Was den

---

vorgeworfen wird) zur Anerkennung gelangten und für den Handelsbetrieb in Art. 306 des H.G.B. weiter ausgebildeten altgermanischen Rechtssatz: „Hand muß Hand wahren". (Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht, I. S. 811 ff. 827. 828, Gerber, Deutsches Privatrecht § 102.) Soweit die Wirkung dieses Rechtssatzes dahin normiert ist, daß das früher bestandene, dem Erwerber unbekannte Pfandrecht schlechthin erlischt (H G.B. Art. 306 Abs. 1), kann diesen Erlöschungsgrund natürlich auch der Vollstreckungsgläubiger geltend machen, zu dessen Gunsten die Sache bei dem Erwerber gepfändet wurde. Aber auch, soweit das Pfandrecht, nur mit einer Einrede behaftet, bestehen bleibt — und dies ist die Auffassung des württ. Pfandgesetzes, (vgl Art. 258 und hiezu Mayer, Komm. Bd. II. S. 350) — wird der Vollstreckungsgläubiger durch die Pfändung wohl die Befugnis erlangen, diese Einrede aus dem Recht des Erwerbers, als seines Schuldners, geltend zu machen.

Der von Goldschmidt (a a. O. S 951) hervorgehobene Umstand, daß der erwähnte deutsch-rechtliche Grundsatz von jeher nicht ohne Rückwirkung auf die Auslegung der Sätze des römischen Rechts geblieben ist, erklärt es wohl auch, wie man in solcher Ausdehnung zur Annahme eines gegen den dritten Besitzer nicht verfolgbaren dinglichen Rechtes, einer dem Verpfänder bis zur Pfandklage zustehenden unbeschränkten Veräußerungsbefugnis, überhaupt gelangen konnte. Wenig erheblich mochte es, namentlich der Praxis, erscheinen, ob die Verfolgung von Hause aus unstatthaft, oder nur im Wege der Einrede illusorisch zu machen war. Gerade für unsern Fall, die Exekution, dürfte aber dieser Unterschied den Kernpunkt der ganzen Frage enthalten, welche nach der heutigen Gestaltung des Zwangsvollstreckungsverfahrens nun einmal auf dem Gebiet des Privatrechtes, nicht auf dem der Rechtspolizei (S. 359 N. 1) zum Austrag kommen muß.

Pfandgläubiger veranlaßt, Veräußerungshandlungen des Schuldners zum voraus zuzulaſſen, iſt die Rückſicht auf deſſen wirtſchaftliche Exiſtenz. Dieſe wird beiſpielsweiſe durch den Fortbetrieb des Verkaufsgeſchäftes gefördert, durch eine Pfändung von Warenvorräten aber, namentlich bei größerem Umfang, regelmäßig geſchädigt. Die Umſtände des einzelnen Falles werden hier entſcheiden müſſen, ob die Pfändungsmaßregel eine objektive Verletzung der Rechte des Unterpfandsgläubigers enthält. Iſt die Frage in concreto zu bejahen, ſo wird ſein Pfandrecht als nicht erloſchen anzuſehen, und wird ihm der Schutz des § 710 der C.P.O. zu gewähren ſein.

VII.

Zum Schluß mag eine kurze Zuſammenfaſſung der Reſultate angezeigt erſcheinen:

A. Die Pfändung der Früchte [1]) kann zur Erhebung einer Klage nach § 710 der C.P.O. nur dann Veranlaſſung geben, wenn jener Klage die Anſtellung der Schuldklage oder der Pfandklage in Beziehung auf die Hauptſache bereits vorausgegangen iſt, oder wenn eine dieſer Klagen mit derjenigen aus § 710 etwa zuläſſiger Weiſe verbunden wird. Die Erhebung der Schuld- oder Pfandklage muß übrigens vor Trennung der Frucht von der Hauptſache geſchehen oder geſchehen ſein. Hat bereits vor der Pfändung der Grundſtücksverwalter im Liegenſchaftsvollſtreckungsverfahren von den Früchten — ſei es unmittelbar, ſei es durch Erlangung des Gewahrſams an der Hauptſache — Beſitz ergriffen [2]), ſo bedarf es keiner Klage nach

1) Und zwar nicht bloß die Pfändung der Früchte auf dem Halm. Denn auch ſeparierte Früchte können, falls der Separation die Schuld- oder Pfandklage vorausgieng, Gegenſtand des hypothekariſchen Früchtepfandrechts ſein. Abgeſehen von dieſem Fall kommen aber die erſt nach der Separation gepfändeten Früchte für die angeſtellte Unterſuchung nur inſofern in Betracht, als ſie nach dem Willen der Parteien die Eigenſchaft beweglicher Pertinenzen haben.

2) Erſt hiedurch, nicht, wie das K. Landgericht Ulm (bei Boſcher, Band XXX. S. 271) anzunehmen ſcheint, ſchon durch die Erhebung der Pfandklage wegen der Hauptſache, wird die Frucht der Mobiliarpfändung

§ 710, der Pfandgläubiger kommt vielmehr im Wege einer nach § 685 der C.P.O. durch den Verwalter zu bewirkenden Erinnerung zum Ziel.

B. Bei den Pertinenzen ist umgekehrt eine vorher erhobene oder kumulierte Schuld- oder Pfandklage Voraussetzung des Anspruchs nach § 710 regelmäßig nicht. Der Kläger braucht also nur zu beweisen, daß die gepfändete Sache ihm als Pertinenz [1]) einer unbeweglichen Hauptsache zum Unterpfand gültig bestellt worden ist [2]). Der Pfändungsakt des Gerichtsvollziehers, obwohl er die Gebrauchsbeziehung thatsächlich aufhebt, läßt, gerade so gut wie eine freiwillige Veräußerung durch den Schuldner, der Regel nach die Pertinenzeigenschaft und damit das pfandrechtliche Accessionsverhältnis bestehen. Der Pfandgläubiger hätte an sich nach Art. 93 des Pfandgesetzes das Recht, der Veräußerung zu widersprechen [3]), weil sie

---

entzogen, so daß sie gar nicht vom Gerichtsvollzieher, sondern als Bestandteil der Immobiliarmasse durch die Verkaufskommission zu versteigern ist. Jene Pfandklage geht, (vgl. Lang, Sachenrecht, § 164 Note 1c, § 193 Note 4) überhaupt nicht auf Einräumung des Besitzes, sondern nur auf Herausgabe an die Behörde zum Zweck des Pfandverkaufs. Aber auch ein Besitz der Exekutionsbehörde wird weder durch die Anstellung der Pfandklage, noch durch die Erlangung eines Vollstreckungstitels in dem so begonnenen Prozeß, noch durch die in § 755 der C.P.O. und Art. 7. 8 des Ges. über die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen genannten Verfügungen begründet, weshalb der Pfandgläubiger bis zur Besitzergreifung durch den Verwalter auf den Anspruch des § 710 sich beschränkt sieht.

1) Gleichzeitige Verpfändung von Zubehör und Hauptsache ist hiebei nicht Erfordernis, vielmehr kann die Verpfändung der Zugehörungen auch nachgefolgt sein. Vgl. Württ. Gerichtsblatt Band XX. S. 349 ff.

2) Hierunter ist natürlich auch das oben in Abschnitt V erörterte Erfordernis einmaliger körperlicher Realisation des Zusammenhangs der Zweckbestimmung, sei es schon zur Zeit der Pfandbestellung, sei es später, zu begreifen.

3) Die Bestimmungen der Artikel 94, 123 Ziff. 5, 129, 130, 203 ff. des Pfandgesetzes und 33—35 des Pfandentwicklungsgesetzes haben sämtlich einen Verkauf der Hauptsache im Auge. Sie können weder einerseits für eine Verpflichtung des Pfandgläubigers, die Wegveräußerung oder Abpfändung der Pertinenz zu dulden, noch andererseits für die Annahme

seine Sicherheit nicht nur thatsächlich, sondern im Hinblick auf die Einrede des gutgläubigen Erwerbes, welche dem Steigerer im Exekutionsverkauf nicht zu versagen wäre, auch rechtlich gefährdet und verletzt. Dieses Recht ist ihm durch § 710 Abs. 1 der C.P.O. abgesprochen, und zum Ersatz dafür hat er seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung. Unter die vom Pfändungspfandgläubiger zu beweisenden Erlöschungsgründe des Unterpfandsrechtes gehört nun aber auch eine etwa der Pfändung vorausgegangene oder in dieser selbst zu findende befugte Veräußerung der Pertinenz durch den Eigentümer der Hauptsache, wie sie namentlich bei verpfändeten Sachgesamtheiten vorkommen kann. Dieser Einrede kann der Kläger unter Umständen mit dem Nachweis begegnen, daß die Veräußerung oder Pfändung, als der Erhebung der Pfandklage in Absicht auf die Hauptsache nachgefolgt, trotz der vorhandenen allgemeinen Veräußerungsbefugnis des Inhabers der Hauptsache, sein Pfandrecht nicht habe erlöschen lassen. Ob auch die Schuldklage [1]) in gleicher Weise dieser Veräußerungsbefugnis ein Ziel

verwertet werden, daß dem Pfandgläubiger schon nach früherem württ. Recht ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus der Pertinenz allein zugestanden wäre. Der Widerspruch gegen die Veräußerung ist einem dritten Erwerber gegenüber im Wege der dinglichen Klage nach l. 14 pr. D. 20, 1 (vgl hiezu Mayer, Komm. Band II. S. 12 161, Bolley, Komm. Band I. S. 315 f., Windscheid, Pand. § 235 bei Note 2) auf Wiederherstellung des dem Pfandrecht entsprechenden thatsächlichen Zustandes, dem Verpfänder gegenüber mit der analogen Klage aus dem Pfandkontrakt (vgl. Windscheid, Pand. § 236 Note 1) zur Geltung zu bringen. Im Falle der Exekution konnte — auf Grund des ihm zustehenden klagbaren dinglichen Rechtes — der Pfandgläubiger die Freilassung der Pertinenz, nötigenfalls im außergerichtlichen Beschwerdeweg, erzwingen.

1) Unter Schuldklage wird nach heutigem Recht nicht nur jede auf Bezahlung der Pfandschuld bei dem zuständigen Gericht erhobene Klage, sondern auch die Zustellung des an Stelle des Verfahrens nach Art. 9 des Exekutionsgesetzes getretenen amtsrichterlichen Zahlbefehls (vgl. hiezu Jahrb. I. S. 288—89, Lang, Sachenrecht Band II. S. 347 Note 8) zu verstehen sein, wenngleich jene Zustellung die volle Wirkung der Klagerhebung nur im Falle des § 636 der C.P.O. hat. Was die Pfandklage betrifft, so nimmt die Jahrb. Band I. S. 286 ff. mitgeteilte Entschei-

ſetzt, iſt namentlich in dem Falle der Haftung eines Unterpfandes für eine fremde Schuld nicht unzweifelhaft. Die Frage iſt aber wohl zu bejahen, da ein innerer Grund für verſchiedenartige Behandlung von Früchten und Pertineuzen in dieſem Punkt nicht vorliegt, und deshalb die Annahme begründet iſt, es habe der Artikel 51 des Pfandgeſetzes nur der Kürze halber die in Artikel 49 genannten Fälle des Gantes und der Schuldklage nicht ausdrücklich wiederholt. Keiner Klage nach § 710 der C.P.O. bedarf es endlich auch in Anſehung der Pertinenzen dann, wenn von ihnen bereits vor der Mobiliarpfändung durch den Verwalter des Liegenſchaftsvollſtreckungsverfahrens unmittelbar oder mittelbar Beſitz ergriffen worden iſt.

X.

Zwangsvollſtreckung in Anſprüche aus Lebensverſicherung.

Von

L.G.R. Th. Pfizer in Stuttgart.

Es wird nicht ſelten vorkommen, daß ein Schuldner, gegen welchen die Zwangsvollſtreckung betrieben werden ſoll, ſein Leben verſichert hat und daß vom Gläubiger die aus dieſer Verſicherung gegen den Verſicherer beſtehenden Anſprüche zu ſeiner Befriedigung herangezogen werden wollen. Daß dies keine Schwierigkeiten hat, wenn die Verſicherungspolice den Verſicherungsnehmer oder überhaupt keine beſtimmte Perſon als zur Erhebung der Verſicherungsſumme bezeichnet, wird wohl allgemein anerkannt werden. Zweifel aber können entſtehen, wenn die Verſicherung zu Gunſten eines Dritten genommen iſt. Der Erörterung der Frage, ob, bzw. in welcher Weiſe in dieſem Fall im Gebiet des gemeinen Rechts die Anſprüche aus dem Verſicherungsvertrag vom Gläubiger des Verſicherungsnehmers zum Gegenſtand der Zwangsvollſtreckung gemacht werden können, ſollen die folgenden Zeilen gewidmet

bung des Kgl. Oberlandesgerichtes an, daß der Antrag auf Anordnung der Zwangsvollſtreckung in das unbewegliche Vermögen derſelben gleichſtehe.

sein. Dabei bleibt der Fall außer Betracht, daß der Gläubiger nach dem Tod des Schuldners Befriedigung aus der Lebensversicherungssumme verlangt, weil sich in dieser Richtung eine feststehende Praxis der Gerichte, namentlich auch des Reichsgerichts gebildet hat [1]), welche m. E. zu keinem Bedenken Anlaß giebt.

Für die Beantwortung der erwähnten Frage ist es von entscheidender Bedeutung, welche Auffassung der Rechtsstellung des Dritten, zu dessen Gunsten der Lebensversicherungsvertrag geschlossen ist, die richtige ist; die Beantwortung der Frage muß sich notwendig verschieden gestalten, je nachdem man annimmt, dieser Dritte erwerbe durch den Abschluß des Versicherungsvertrags oder durch seinen Beitritt zu demselben ein unwiderrufliches, ein widerrufliches, ein bedingtes oder aber gar kein Recht. Außer Betracht bleibt der Fall, da der Versicherungsnehmer vor Einleitung der Zwangsvollstreckung seine Rechte aus dem Versicherungsvertrag an den Dritten abgetreten hat: in diesem Fall bilden die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag keinen Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers mehr, können also auch nicht Gegenstand einer gegen dieses gerichteten Zwangsvollstreckung sein; ob etwa die Cession der Anfechtung unterliegt, ist im einzelnen Fall Thatfrage.

Die Ansicht, daß der Dritte schon durch den Abschluß des Versicherungsvertrags (von dem er vielleicht gar nichts erfährt und erfahren soll) ein festes (unwiderrufliches) Recht auf Auszahlung der Versicherungssumme nach dem Tod des Versicherungsnehmers erwerbe [2]), entbehrt des Anhalts im geltenden Recht und widerspricht dem mutmaßlichen Willen des Versicherungsnehmers, der sich regelmäßig eine Abänderung der bei Abschluß des Vertrags über die Auszahlung der Versicherungs-

1) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 41 Nr. 138; Nr. 52, 140, 141; 43 Nr 145, 216, 292.

2) So Unger in Iherings Jahrbüchern Bd. 10. S. 84; vgl. dag. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd 3 (2. Aufl.) § 172, bei und in Note 25 u. 45.

ſumme getroffenen Verfügung wird vorbehalten wollen; ſie hat denn auch in Theorie und Praxis kaum Anklang gefunden und iſt auch im E.B.G.B. (§ 413) nicht angenommen.

Ganz unhaltbar iſt die — auch neueſtens [1]) noch verfochtene — Theorie, daß der Dritte durch ſeinen „Beitritt", ſeine „Acceptation" ein unwiderrufliches Recht aus dem Verſicherungsvertrag erwerbe. Jedenfalls für den Lebensverſicherungsvertrag iſt die Bemerkung Bährs [2]) vollkommen zutreffend: „weder der Promittent, noch der Promiſſar ſtrecken aus dem Rechtsgeſchäft, das ſie miteinander abſchließen, gleichſam die Hand hinaus, ſo daß der Dritte nur einzuſchlagen brauchte, um ſelbſt als Mitkontrahent dazuſtehen." Wenn ein Dienſtherr ſein Leben zu Gunſten ſeines Dieners verſichert, ſo wird er von dem Gedanken ausgehen, daß die betreffende Summe dem Diener zu gut kommen ſoll, wenn dieſer ihm bis zu ſeinem Tod treu diene; der Diener vermag dieſe ihm eröffnete Ausſicht nicht zu einem unwiderruflichen Recht zu machen durch die Erklärung: er trete dem Vertrag bei, er nehme das Geſchenk an; dieſe einſeitige Erklärung iſt vielmehr rechtlich belanglos und entzieht dem Dienſtherrn nicht das Recht, die zu Gunſten des Dieners getroffene Verfügung beliebig abzuändern [3]). Auch der E.B.G.B. §§ 412 ff. kennt ein derartiges Beitritts- oder Acceptationsrecht des Dritten nicht.

Sehen wir nun, ob von einem „widerruflichen Recht" des Dritten auf die Verſicherungsſumme geſprochen werden kann, das derſelbe durch den Abſchluß des Verſicherungsvertrags erwirbt. Jedes Recht muß einen Inhalt haben, mag man es als „von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht" oder als „rechtlich d. h. durch Klage geſchütztes Intereſſe" definieren. Was

1) Von Lexis, Lehrbuch des Verſicherungsrechts. (1889) S. 321, vgl. mit S. 131 (unten) bis 134.

2) Jhering's Jahrbücher. Bd 6. S. 145.

3) Gegen die Beitritts-Theorie ſ. d. vortrefflichen Bemerkungen von Bähr in „Urtheile des Reichsgerichts" S. 84; Windſcheid, Pand. § 306a Ziff. 1; Stobbe, Deutſches Privatrecht. Bd. 3 § 172 Ziff. 5 (S. 120); Württ. Archiv. Bd. 13. S. 452; Bd. 16. S. 26; Wächter, Württ. Priv.Recht. Bd. 2 § 88 a. E.

soll nun der Inhalt des dem Dritten durch den Abschluß des Versicherungsvertrags erworbenen widerruflichen Rechts sein? Es besteht m. W. Uebereinstimmung dahin, daß der Dritte das „widerrufliche Recht" nicht vererbt [1]): stirbt er vor dem Versicherungsnehmer, so sind seine Erben auch dann nicht zur Erhebung der Versicherungssumme berechtigt, wenn der Versicherungsnehmer nach dem Tode des im Versicherungsvertrag als empfangsberechtigt bezeichneten Dritten keine anderweite Verfügung darüber getroffen hat, an wen nunmehr die Versicherungssumme ausbezahlt werden soll. Dieselbe fällt diesfalls eben in den Nachlaß des Versicherungsnehmers. Das „widerrufliche Recht" des Dritten ist also nicht vererblich; ist etwa in dem Versicherungsvertrag gesagt: die Versicherungssumme solle „dem N. N. bzw. dessen Erben" ausbezahlt werden, so beruht das Recht der Letzteren, nach dem Tod des Versicherungsnehmers Zahlung der Versicherungssumme zu verlangen, unmittelbar auf dem Willen des Versicherungsnehmers und leitet sich nicht von ihrem Erblasser ab. Daß der Dritte über die ihm eröffnete Aussicht auf die Versicherungssumme eine emtio spei abschließen kann, beweist selbstverständlich nichts dafür, daß dieser Aussicht der Charakter eines (widerruflichen) Rechts zukommt. Von einem widerruflichen Recht mag etwa da gesprochen werden, wo jemandem der Gebrauch, die Nutznießung einer Sache auf beliebigen Widerruf überlassen ist, aber der in unbedingt widerruflicher Weise einer bestimmten Person eröffneten Aussicht, daß sie einmal eine gewisse Sache erhalten werde, kommt der Charakter eines Rechts nicht zu, weil diese Aussicht zu keinerlei Verfügung über die Sache ermächtigt und kein Klagrecht gewährt [2]).

Das eben Gesagte gilt im wesentlichen auch gegenüber der Ansicht, daß der Dritte durch den Abschluß des Versicherungsvertrags ein bedingtes Recht auf die Versicherungssumme erwerbe, bedingt dadurch, daß der Dritte den Ver-

1) Dies nimmt selbst Unger a. a. O. an.

2) Gegen das „widerrufliche Recht" des Dritten s. Stobbe a. a. O. S. 122 bei u. in Note 39, S. 124 Note 45.

ſicherungsnehmer überlebe und letzterer die zu Gunſten des Dritten getroffene Verfügung nicht widerrufe, eine Anſicht, welcher ſich das vormalige württ. Obertribunal angeſchloſſen hat [1]), und welche (gelegentlich, ohne irgendwelche praktiſche Folgerungen daraus zu ziehen) auch das Reichsgericht ausgeſprochen hat [2]). Aber ein bedingtes Recht iſt vererblich und die dem Dritten eröffnete Ausſicht auf die Verſicherungsſumme iſt unvererblich; dem bedingt Berechtigten muß ein bedingt Verpflichteter gegenüberſtehen: der Verſicherungsnehmer aber iſt dem Dritten gegenüber in keiner Weiſe gebunden, er kann die zu Gunſten desſelben getroffene Verfügung bis zu ſeinem Tod beliebig widerrufen. Dem „bedingten Recht" fehlt alſo jeder Inhalt, es iſt kein Recht, ſondern eine bloße Ausſicht oder Anwartſchaft [3]). Uebereinſtimmend hiemit bemerkt Windſcheid (Pand. § 316a Ziff. 3): die Kontrahenten eines Vertrags zu Gunſten eines Dritten können den Willen haben, „daß das Forderungsrecht (des Dritten) — erſt — bei einer gewiſſen Geſtaltung der Verhältniſſe entſtehen ſolle, etwa wenn der Dritte den Verſprechensempfänger überleben ſollte. Wenn ſie nicht ſofortige Entſtehung wollen, kann ihre Meinung die ſein" (und das iſt beim Lebensverſicherungsvertrag im Zweifel anzunehmen), „daß die Anwartſchaft des Dritten — ſoll widerrufen werden können." Wenn er in einer Note hiezu bemerkt: diesfalls ſei dem Dritten „ein Forderungsrecht" verliehen unter der Bedingung »nisi noluerim«, ſo iſt hierin kein Widerſpruch zu ſehen: ein unvererbliches, erſt künftig entſtehendes, unter der Bedingung: nisi noluerim verliehenes „Forderungsrecht" iſt eben kein „Recht" [4]).

Auch nach den Beſtimmungen des E.V.G.B. käme dem Dritten, zu deſſen Gunſten ein Lebensverſicherungsvertrag abge-

1) Württ. Archiv, Bd. 13. S. 452 ff

2) R.G. Bd. 1 Nr. 68. Nr. 135. Bd. 16. Nr. 25.

3) Vgl. Stobbe, a. a O. S. 124 bei u. in Note 45; G. Pfizer, im A. f. c. P. Bd. 72 S. 55—56.

4) Vgl. auch Hinrich's in Goldſchmidt's Ztſchr. Bd. 20 S. 416—17; Predöhl, ibid. Bd. 22. S. 491—92.

schlossen worden ist, bis zum Tod des Versicherungsnehmers (im Zweifel) kein bedingtes Recht zu: § 413 bestimmt: „Das Forderungsrecht des Dritten entsteht" (bei „Versprechen der Leistung an einen Dritten") „mit dem Zeitpunkte, in welchem es nach dem aus dem Inhalte des Vertrags sich ergebenden Willen der Vertragschließenden zur Entstehung gelangen soll"; § 414: „Solange das Forderungsrecht des Dritten auch nicht als bedingtes oder betagtes entstanden ist, kann das Versprechen der Leistung an den Dritten von den Vertragsschließenden geändert oder wieder aufgehoben werden", nach Entstehung des Forderungsrechts dagegen nur, wenn der Inhalt des Vertrags ergiebt, daß sich die Vertragschließenden die Befugnis der Aenderung haben vorbehalten wollen: das bedingte wie das betagte Recht ist nach §§ 132. 141 E.B.G.B. vererblich; die unvererbliche Aussicht auf die Versicherungssumme stellt daher kein bedingtes Recht dar.

Für das Recht des Dritten gilt nach dem Bisherigen ganz dasselbe, was die Motive zu § 1867 E.B.G.B. (Bd. 4 S. 177) in Bezug auf das Recht des Vermächtnisnehmers in Uebereinstimmung mit dem geltenden gemeinen Rechte ausführen: „Durch die letztwillige Verfügung" (den Versicherungsvertrag), „wird erst eine Hoffnung begründet, welche als solche ohne rechtlichen Belang und folgerecht auch unvererblich ist. Zu einem Rechte wird die Hoffnung erst, wenn der Erblasser" (Versicherungsnehmer) „das Vermächtnis" (die Verfügung zu Gunsten des Dritten) „nicht widerrufen hat und von dem Vermächtnisnehmer" (Dritter) „überlebt worden ist." Daß die Aussicht des eingesetzten Erben, bzw. Vermächtnisnehmers auf die Erbschaft, bzw. Vermächtnis kein bedingtes Recht ist, hat auch das Oberlandesgericht schon ausgesprochen [1]).

Und ist denn die Verfügung, welche zu Gunsten eines Dritten bei Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags getroffen wird, ihrem Wesen nach etwas anderes als des Vermächtnis einer Forderung, ein legatum nominis? Der Lebens-

1) Jahrb. der württ. Rechtspflege, Bd. 3. S. 51.

versicherungsvertrag ist freilich — darin hat das Reichsgericht ganz Recht [1]) — keine letztwillige Verfügung; aber die dem Versicherer erteilte Anweisung, die Versicherungssumme nach dem Tod des Versicherungsnehmers an eine bestimmte Person zu bezahlen, ist eine Verfügung auf den Todesfall, welche durch den Tod des Versicherungsnehmers zur letztwilligen Verfügung wird [2]) und mit diesem Zeitpunkt einen festen, selbständigen Anspruch des Dritten gegen den Versicherer begründet. Der Versicherungsnehmer erwirbt mit dem Abschluß des Versicherungsvertrags einen mit seinem Tod fälligen Anspruch auf Bezahlung der Versicherungssumme [3]); dieser Anspruch bildet einen Teil seines Vermögens; die Sachlage ist rechtlich nicht anders, als wenn jemand einem Andern ein Darlehen giebt, das nach dem Tod des Darleihers an einen Dritten heimbezahlt werden soll. Neben dem Abschluß des Versicherungs-(oder Darlehens-)Vertrags verfügt der Versicherungsnehmer (Darleiher), daß die Versicherungs-(Darlehens-)Summe an eine bestimmte Person als den nach seinem Tod Forderungsberechtigten bezahlt werden soll und der Versicherer (Darlehensschuldner) ist verpflichtet, die Zahlung entsprechend dieser Willenserklärung des Versicherungsnehmers (Darleihers) zu leisten. Der Versicherungsnehmer ist aber (im Zweifel) dem Versicherer gegenüber in keiner Weise an diese Verfügung zu Gunsten eines Dritten gebunden, er kann jederzeit die getroffene Anordnung beliebig abändern, ohne daß er hiezu der Einwilligung des Versicherers bedarf [4]), ein „Widerruf" der getroffenen Verfügung ist gegenüber dem Versicherer nur insofern erforderlich, als derselbe durch Zahlung an den ursprünglich bezeichneten Dritten seine Verbindlichkeit erfüllt, falls ihm nicht mitgeteilt oder bekannt geworden ist, daß der Versicherungsnehmer die zu Gunsten dieses Dritten getroffene Verfügung zurückgenom-

1) R.G. Bd. 1. S. 380 unten.

2) Vgl. Bähr in Ihering's Jahrbüchern. Bd 6. S. 166; Stobbe a. a O. bei u. in Note 37.

3) R.G. Bd. 16 Nr. 25 S. 129 unten; Lewis a a. O. § 29 i. A.

4) Vgl. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts. S. 85.

men hat. Wenn z. B. der Versicherungsnehmer testamentarisch bestimmt hat, daß die Versicherungssumme nicht dem bei Abschluß des Versicherungsvertrags bezeichneten A, sondern dem B zukommen soll, so erwirbt mit dem Tod des Testators sofort B den Anspruch gegen den Versicherer auf Ausfolgung der Versicherungssumme [1]); ist es dem A gelungen, ehe der Versicherer Kenntnis vom Inhalt des Testaments erhalten hat, von diesem die Auszahlung jener Summe zu erwirken, so ist der Versicherer (wenn er ordnungsmäßig verfahren ist) von seiner Verpflichtung frei, aber B kann die ausbezahlte Summe von A kondizieren.

Hieran würde es nichts ändern, wenn in dem Versicherungsvertrag bestimmt ist [2]), daß die Uebertragung der Police nicht eher noch anders gültig sei, als nachdem dieselbe von dem Versicherer durch ausdrückliche Bescheinigung anerkannt sei: hiemit will (im Zweifel) nicht — wie das vormalige Obertribunal angenommen hat — gesagt sein, daß es zur Abänderung der zu Gunsten des Dritten getroffenen Verfügung eines „vereinigten Willensakts beider Kontrahenten" bedürfe, so daß der Versicherer durch seinen Widerspruch eine Abänderung der zu Gunsten des Dritten getroffenen Verfügung verhindern könnte; vielmehr ist der Sinn einer derartigen Vertrags-(Statuten-)Bestimmung nur der, daß der Versicherer sich ausbedingt, daß er durch Zahlung an die ursprünglich als nach dem Tod des Versicherungsnehmers forderungsberechtigt bezeichnete Person von seiner Verbindlichkeit frei wird, solange nicht durch sein ausdrückliches schriftliches Anerkenntnis feststeht, daß er von Abänderung der zu Gunsten dieses Dritten getroffenen Verfügung Kenntnis erlangt hat. Die zu Gunsten eines Dritten in einem Versicherungsvertrag getroffene Verfügung ist nicht anders zu behandeln, als ein in einem Erbvertrag ausgesetztes Vermächtnis einer Forderung: „nach den

1) Windscheid, Pand. § 657 bei und in Note 3 (anders § 1865 E.B.G.B.).

2) Vgl. Württ. Archiv. Bd. 13. S. 456 u. hiezu Hinrichs in Goldschmidt's Ztschrft. Bd. 20 S. 416.

meiſten geltenden Rechten" iſt hier ein „Bindungswille" (ſeitens des Erblaſſers) „im Zweifel nicht anzunehmen" [1]): durch dieſes Vermächtnis iſt der Erblaſſer nicht gehindert, zu Lebzeiten oder auf den Todesfall beliebig anderweit über die vermachte Forderung zu verfügen; weder dem Mitkontrahenten des Erbvertrags noch dem in dem Vertrag benannten Legatar ſteht ein Einſpruch gegen eine ſolche anderweite Verfügung zu. Wenn bei Hingabe eines Darlehens vereinbart worden iſt, daß das Darlehen nach dem Tod des Darleihers an einen beſtimmten Dritten, A, zurückbezahlt werden ſoll, und es präſentiert nach dem Tod des Darleihers der B eine Urkunde, laut welcher der Darleiher ihm die Darlehensforderung abgetreten hat, ſo kann — die Erweislichkeit dieſer Ceſſion vorausgeſetzt — weder der Schuldner die Auszahlung an B verweigern, noch A dagegen Einſpruch erheben. Ganz dasſelbe gilt (im Zweifel) inbetreff der in einem Verſicherungsvertrag getroffenen Verfügung zu Gunſten eines Dritten, auch wenn man nicht die Lebensverſicherung lediglich als eine beſondere Art des zinsbaren Darlehens anſieht.

Durch die Verfügung, welche zu Gunſten eines Dritten in einem Lebensverſicherungsvertrag getroffen iſt, ſcheidet alſo der Anſpruch gegen den Verſicherer nicht aus dem Vermögen des Verſicherungsnehmers aus, ſo daß es der Ausübung eines dem Verſicherungsnehmer vorbehaltenen Widerrufsrechts bedürfte, um jenen Anſpruch wieder zum Beſtandteil des Vermögens desſelben zu machen, wie dies der Fall iſt, wenn jemand unter Vorbehalt des Widerrufsrechts für gewiſſe Fälle eine Sache oder eine Geldſumme einem Andern geſchenkt und übergeben hat. Der Anſpruch gegen den Verſicherer bleibt vielmehr, ſolang der Verſicherungsnehmer lebt, ein Beſtandteil von deſſen Vermögen, worüber derſelbe unter Lebenden, wie auf den Todesfall beliebig frei verfügen kann, ohne daß der Verſicherer oder der Dritte ihn daran zu hindern vermöchten,

1) Vgl. Motive zu § 1956. E.B.G. Bd. 5. S. 336; Stobbe a. a. O. Bd. 5 § 311 bei u. in Note 25—28.

— ganz in gleicher Weise wie ein Erblasser über eine von ihm testamentarisch einem Dritten vermachte Forderung beliebig verfügen, sie z. B. einer beliebigen Person abtreten kann, wodurch die Vermächtnisverfügung von selbst hinfällig wird [1]).

Von dem im bisherigen dargelegten Standpunkt aus ist nun die Frage leicht zu beantworten, ob und in welcher Weise die Zwangsvollstreckung in Ansprüche aus Lebensversicherung möglich ist, wenn die Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen ist. Die Antwort lautet: die Zwangsvollstreckung ist hier ganz in gleicher Weise möglich, wie wenn die Lebensversicherung nicht zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen ist. Sie ist in derselben Weise und aus demselben Grund möglich, in welcher und aus welchem der Zwangsvollstreckung eine Forderung des Schuldners unterliegt, welche derselbe testamentarisch einem Dritten vermacht hat: in beiden Fällen ist durch die auf den Todesfall getroffene Verfügung die Forderung des Verfügenden nicht aus dessen Vermögen ausgeschieden und besteht bis zu dessen Tod kein Recht des Dritten, welches beseitigt werden müßte. Wie das Vermächtnis einer mir gehörigen Sache von selbst hinfällig wird, wenn ich dieselbe verkaufe, das Vermächtnis einer Forderung, wenn ich sie freiwillig oder im Zwangsweg (durch Ueberweisung an Zahlungsstatt) cediere, so wird die zu Gunsten eines Dritten in einem Lebensversicherungsvertrag getroffene Verfügung von selbst hinfällig, wenn der Versicherungsnehmer anderweit über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag verfügt. Bildet aber das Forderungsrecht des Versicherungsnehmers, trotzdem er über dasselbe auf den Todesfall, sei es im Versicherungsvertrag sei es testamentarisch, verfügt hat, in ganz gleicher Weise einen Bestandteil seines Vermögens, wie diejenigen Gegenstände und Forderungen, über welche er nicht auf den Todesfall verfügt hat, so unterliegt es auch ganz in gleicher Weise der Zwangsvollstreckung.

Der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme ist also ganz einfach eine mit dem Tod des Versicherungsnehmers fäl-

1) S. Windscheid § 640 bei u. in Note 5.

lige und durch Fortzahlung der Versicherungsprämien bis zu diesem Zeitpunkt bedingte Geldforderung des Versicherungsnehmers. Die Pfändung derselben vollzieht sich nach Maßgabe des § 730 C.P.O.: das Vollstreckungsgericht hat dem Versicherer zu verbieten, an den Versicherungsnehmer oder — wie Vorsichts halber beizufügen sein wird — eine von diesem bezeichnete Person zu bezahlen; zugleich hat das Gericht an den Versicherungsnehmer das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Diesen Beschluß hat der Gläubiger dem Versicherer zustellen zu lassen und mit dieser Zustellung ist die Pfändung bewirkt, der Versicherer darf jetzt nicht mehr an den Dritten bezahlen, welcher bei Abschluß des Vertrags (oder später) vom Versicherungsnehmer als nach seinem Tod forderungsberechtigt bezeichnet worden ist: eines „Widerrufs" dieser Verfügung bedarf es weder dem Versicherer noch dem Dritten gegenüber, dieselbe wird durch die gerichtliche Forderungspfändung von selbst hinfällig (vergl. auch § 737 C.P.O.); es ist also keine Rede davon, daß der Gläubiger zunächst das „Widerrufsrecht" des Versicherungsnehmers (etwa mit Hilfe der Vorschriften des § 754 C.PO.) pfänden müßte, um durch dessen Anwend ung die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zu dem Vermögen des Versicherungsnehmers heranzuziehen und dadurch erst der Zwangsvollstreckung zugänglich zu machen.

Eine Ueberweisung des gepfändeten Anspruchs auf die Versicherungssumme an Zahlungsstatt zum Nennwert wird der Gläubiger nie, eine Ueberweisung zur Einziehung nicht leicht beantragen, es wird vielmehr von ihm in der Regel eine andere Art der Verwertung der gepfändeten Forderung (§ 743 C.P.O.), insbesondere deren Versteigerung beantragt werden, weil die Forderung eine betagte und durch die Fortzahlung der Versicherungsprämien bis zum Tod des Versicherungsnehmers bedingte ist. Dem Versicherer ist mitzuteilen, auf wen das Recht zur seinerzeitigen Erhebung der Versicherungssumme übergegangen ist (arg. § 736 Abs. 3 C.P.O.), sei es von Seiten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers, sei es von Seiten des Erwerbers des genannten Rechts.

In der Regel hat der Versicherungsnehmer die Möglichkeit, unter Rücktritt von dem Versicherungsvertrag die Bezahlung einer nach bestimmten Grundsätzen des Versicherungsrechts zu berechnenden Geldsumme vom Versicherer zu fordern, der Versicherer verpflichtet sich oder erklärt sich bereit, „die Police unter gänzlicher Aufhebung des Versicherungsvertrags" um den erwähnten Preis „zurückzukaufen" [1]). Jene Möglichkeit wird für die Zwangsvollstreckung wesentlich in Betracht kommen, weil es sich hier um eine feste ziffermäßig zu berechnende Summe handelt, welche der Versicherungsnehmer oder dessen Rechtsnachfolger sofort erheben kann, während die Zeit der Fälligkeit der Versicherungssumme ungewiß ist und der Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers in die Lage kommen kann, eine Reihe von Jahren die Versicherungsprämien selbst bezahlen zu müssen, wenn er sich das Recht auf die Versicherungssumme erhalten will. Der Wert eines gepfändeten Anspruchs aus Lebensversicherung wird daher regelmäßig den Rückkaufpreis der Police nicht übersteigen.

Wenn nun der Versicherer bei Abschluß des Versicherungsvertrags nur *in Aussicht stellt*, daß er zum Rückkauf der Police bereit sein werde, ohne eine *Verpflichtung* in dieser Richtung zu übernehmen, so besteht kein *Anspruch* des Versicherungsnehmers auf diesen Rückkauf, welcher Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein könnte; aber derjenige, auf welchen in Folge der Zwangsvollstreckung der Anspruch des Versicherungsnehmers auf Bezahlung der Versicherungssumme übergegangen ist (und welchem demgemäß auch die Police behändigt worden ist), kann selbstverständlich mit dem Versicherer über den Rückkauf der Police in Unterhandlung treten. Aber auch wenn der Versicherer *verpflichtet* ist, auf Antrag des Versicherungsnehmers die Police zurückzukaufen, bedarf es zur Uebertragung des entsprechenden Rechts des Versicherungsnehmers keiner weiteren Handlung der Zwangsvollstreckung neben derjenigen, wodurch der Anspruch auf die Versicherungs-

1) Vrgl. *Lewis* a. a. O. § 31; *Hinrichs* in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 20. S. 363.

ſumme übertragen wird: vielmehr iſt das Recht, den Rückkauf zu verlangen, ein mit dem Anſpruch auf ſeinerzeitige Auszahlung der Verſicherungsſumme verbundenes unſelbſtändiges Nebenrecht, welches mit jenem Anſpruch zugleich und von ſelbſt erworben wird, bezw. eine alternativ neben dem in erſter Linie begründeten Anſpruch auf die Verſicherungsſumme beſtehendes Recht, das auf den Erwerber dieſes Anſpruchs von ſelbſt mit übergeht.

Für den Gläubiger bildet alſo die von ſeinem Schuldner in Betreff eines Anſpruchs aus einem Lebensverſicherungsvertrag getroffene Verfügung, daß dieſer Anſpruch nach ſeinem Tod einem Dritten — z. B. ſeiner Frau, ſeinen Kindern — zuſtehen ſolle, ſowenig ein Hindernis der Zwangsvollſtreckung, als etwa der Umſtand, daß der Schuldner zu einer erſparten Summe, welche er in einer beſonderen Schublade aufbewahrt, einen Zettel legt, wonach dieſe Summe nach ſeinem Tod einem Dritten — ſeiner Frau, ſeinen Kindern — gehören ſolle: eine auf den Todesfall getroffene Verfügung über einen Vermögensbeſtandteil vermag denſelben während der Lebenszeit des Verfügenden dem Zugriff der Gläubiger nicht zu entziehen, weil ſie inſolange an der Zugehörigkeit dieſes Gegenſtands zum Vermögen des Schuldners nichts ändert, keinerlei Recht des Dritten, zu deſſen Gunſten die Verfügung getroffen iſt, auf dieſen Gegenſtand erzeugt.

XI.

Zur Frage der Bevormundung minderjähriger Württemberger, welche im Ausland ihren Wohnſitz haben.

Von

Oberlandesgerichtsrat Feyerabend.

Am 25. Juni 1889 ſtarb der aus Nordſtetten, O.A. Horb, gebürtige, früher in Ehrlen, Gem.Bez. Waldburg O.A. Ravensburg wohnhaft geweſene Maurer Anton Schneiderhan zu Baſel, wo er mehrere Jahre zuvor ſeinen Wohnſitz genommen hatte, mit Hinterlaſſung einer Witwe und von vier minderjährigen Kindern. Da Schneiderhan zur Zeit ſeines Todes württember-

gischer Staatsangehöriger war, so hat sich die Vormundschafts-behörde zu Basel unter Berufung auf das dort geltende Recht, wonach Ausländern ein vormundschaftlicher Schutz nicht gewährt werde, geweigert, für die minderjährigen Kinder des Schneiderhan eine Vormundschaft zu bestellen und es hat sich daher das Kaiserlich Deutsche Konsulat zu Basel an die Civilkammer des Landgerichts in Ravensburg, in dessen Sprengel der frühere Wohnort des Schneiderhan, Ehrlen, Gemeindebezirks Waldburg, gelegen ist, mit dem Ersuchen gewendet, wegen Uebernahme der Vormundschaft über die Kinder des Schneiderhan durch die württembergische Behörde das Erforderliche einzuleiten. Die Civilkammer hat jedoch die Zuständigkeit der württembergischen Vormundschaftsbehörde aus dem Grunde verneint, weil der Verstorbene zur Zeit seines Todes weder seinen Wohnsitz in Württemberg gehabt, noch Vermögen daselbst besessen habe.

Da trotzdem die schweizerische Behörde die Uebernahme einer Vormundschaft über die Schneiderhan'schen Kinder ablehnte, andererseits die Aufstellung eines Vormunds dringend geboten war, da in Ermanglung eines solchen die den Kindern zugefallene Lebensversicherungssumme nicht erhoben werden konnte, so wendeten sich die Beteiligten an das K. Württ. Justizministerium, und dieses machte den Versuch, die in Betracht kommenden württembergischen Vormundschaftsbehörden zu einer freiwilligen Uebernahme der Vormundschaft zu bestimmen. Es haben aber die Vormundschaftsbehörden sowohl in Nordstetten, dem Heimatort des Schneiderhan, als auch in Waldburg, dem letzten Wohnsitz oder mindestens Aufenthaltsort desselben, diese Uebernahme abgelehnt.

Hiedurch sah sich das K. Justizministerium veranlaßt, die Frage einer Prüfung zu unterziehen, ob es überhaupt und insbesondere in Fällen der vorliegenden Art, wo die ausländischen Behörden einer Fürsorge für inländische, im Ausland domizilierte Minderjährige ablehnen, eine unabweisliche Folge des in Württemberg geltenden Rechts sei, daß Minderjährigen trotz ihrer württembergischen Staatsangehörigkeit von den württembergischen Behörden ein vormundschaftlicher Schutz deshalb

verſagt werden dürfe, weil dieſelben im Inland weder Wohnſitz noch Vermögen haben. Es hat demgemäß das K. Juſtizminiſterium durch Erlaß vom 30. März 1890 die vereinigten Civilſenate des K. Oberlandesgerichts aufgefordert, ſich gutächtlich über die hernach bezeichneten Fragen zu äußern.

Die vereinigten Civilſenate haben am 2. Juli 1890 dieſe Aeußerung dahin abgegeben:

Sie ſeien der Anſicht, daß die Frage, ob der Grundſatz, daß die Zuſtändigkeit des Vormundſchaftsgerichts ſich nach dem Wohnſitz der zu bevormundenden Perſon richte, auch dann gelte, wenn ein Ausländer in Württemberg oder ein Württemberger im Ausland ſeinen Wohnſitz habe, zu bejahen ſei.

Dagegen halten die Civilſenate eine ſubſidiäre Pflicht der württembergiſchen Behörden für begründet, den im Ausland wohnenden Württemberger bei verweigerter Fürſorge des Auslands in Württemberg zu bevormunden, da der Württembergiſche Staat den im Ausland wohnenden Staatsangehörigen vermöge dieſer Staatsangehörigkeit im Notfalle ſeinen Rechtsſchutz zu gewähren habe.

Die Zuſtändigkeit zur Beſtellung und Beaufſichtigung der Vormundſchaft für einen im Ausland angeſeſſenen Württemberger richte ſich in einem ſolchen Fall nach dem letzten allgemeinen Gerichtsſtand, welchen der zu Bevormundende im Inland gehabt habe, alſo nach ſeinem letzten Wohnſitz im Inlande, oder wenn derſelbe einen Wohnſitz noch nicht begründet gehabt habe, nach dem Wohnſitz beziehungsweiſe letzten Wohnſitz ſeines Vaters im Inlande.

Die Gründe für dieſe Aeußerung intereſſieren im einzelnen nicht. Nur mag bemerkt werden, daß die Senate ſich für die Bejahung der erſten Frage auf die ſtets feſtgehaltene Praxis des vormaligen Obertribunals und des Oberlandesgerichts berufen haben. Hinſichtlich der zweiten Frage wurde unter anderem Bezug genommen auf die Entſcheidungen des Obertribunals in Sarwey's Archiv B. 5 S. 454, B. 10 S. 218 und in Seuff. Archiv B. 4 S. 232 Nr. 146, ferner die Entſcheidung des Oberlandesgerichts in Sarwey B. 23 S. 129 und

ausgeführt, dieſe fortdauernde Beziehung des nicht ausgewanderten Württembergers zu ſeinem Heimatſtaat begründe nicht bloß eine Pflicht, vor den Gerichten des letzteren Recht zu geben, ſondern umgekehrt auch zu ſeinen Gunſten ein Recht wie auf den ſtaatlichen Schutz überhaupt, ſo auch auf den Rechtsſchutz des Heimatſtaats.

Nach den vorſtehend angeführten Grundſätzen wurde die weitere Behandlung der Sache eingeleitet.

Ebenſo hat der Ferienſenat des Oberlandesgerichts in der Beſchwerdeſache betr. die Einleitung einer Vormundſchaft über die vier minderjährigen Kinder des Steinhauers Lachenmaier in Mühlhauſen im Elſaß am 10. September 1890 entſchieden. In dieſer Sache haben ſich die Vormundſchaftsbehörden in Mühlhauſen auf Grund des franzöſiſchen Rechts geweigert, für die dem Württ. Staat angehörigen in Mühlhauſen domizilierten Minderjährigen einen Vormund aufzuſtellen und es hat ſowohl der Präſident des Landgerichts zu Mühlhauſen als der Präſident des Oberlandesgerichts zu Kolmar ein Einſchreiten im Dienſtaufſichtswege abgelehnt. Da auch die württemb. Behörden ihre Zuſtändigkeit verneinten, ſo kam die Sache an das diesſeitige Oberlandesgericht, welches ſich in Gemäßheit der oben angeführten Sätze ausſprach und hinzufügte: Wenn nach den Geſetzen des Auslands, in welchem der zu Bevormundende ſeinen Wohnſitz hat, dieſer Wohnſitz hinſichtlich der Bevormundung einen allgemeinen Gerichtsſtand, beziehungsweiſe einen Gerichtsſtand überhaupt, nicht begründet, ſo ſind dieſe Geſetze des Auslands auch im Inland zu achten, und es iſt die Sachlage die gleiche, wie wenn der einheimiſche Staatsangehörige im Ausland überhaupt keinen Wohnſitz haben würde. Es kann nicht auf Grund der einheimiſchen Geſetze ein Gerichtsſtand im Ausland als begründet angeſehen werden, während die Geſetze des Auslands einen ſolchen nicht anerkennen.

Alphabetiſches Sachregiſter.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Abgaben, Strafbeſcheide 224.
Abſchriften, Schreibgebühren 11.
Abtretung einer Forderung an den Bürgen kann auch noch nach der Zahlung durch dieſen geſchehen 129.
Actio communi dividundo ſ. Teilungsklage;
a. de in rem verso 245.
Adoptionsvertrag. Kann die Beſtätigung eines A. im Wege der Dienſtaufſicht aufgehoben werden? 210.
Alimente. Alimentationspflicht des Ehemanns 162. Iſt der Anſpruch der Ehefrau auf Erhöhung der ihr von dem Ehemann während faktiſcher Trennung der Ehe zu reichenden vertragsmäßigen Alimente gegründet, wenn ſich das im Beſitze des Ehemanns befindliche gemeinſchaftliche Vermögen vermehrt hat, oder wenn die Alimente für das Bedürfnis der Ehefrau nicht mehr ausreichen? 165. Können mit der Geſchäftsführungsklage Alimente für die Zukunft verlangt werden? 172.
Amtsvergehen eines in egyptiſchen Dienſten ſtehenden deutſchen Reichsangehörigen. Konſulargerichtsbarkeit. Exterritorialität 306.
Anfechtung. Die A. einer Rechtshandlung iſt auf die Gültigkeit und Wirkſamkeit von Rechten, welche inzwiſchen Dritte von dem Anfechtungsgegner erworben haben, ohne Einfluß 1.
Antrag ſ. Vertrags-Antrag.
Anwaltskammer. Mitteilung des Vorſtands der A., betr. die Veröffentlichung der Entſcheidungen des Ehrengerichtshofs 325.
Armenverband ſ. Unterſtützungswohnſitzgeſetz.
Ausland. Bevormundung minderjähriger Württemberger, welche im A. ihren Wohnſitz haben 378.

B.

Beibringensinventur, Beſportelung 211.
Beleidigung. Erfordert der Begriff der Beleidigung (St.G.B. § 185) einen Angriff auf den ſittlichen Wert des Andern? 303. B. durch eine Poſtkarte, § 193 des St.G.B. 304.
Bereicherung des Geſchäftsherrn, Verwendungsklage 246.
Beſchwerde in Strafſachen. Unſtatthaftigkeit von B. gegen die Begründung eines Beſchluſſes 71. Vorausſetzungen für die Zuläſſigkeit weiterer, eine Verhaftung betreffender B. 311.
Beurkundung, Regreßklage wegen unrichtiger amtlicher B. der Vermögens- und Kreditverhältniſſe 283.
Beurlaubte, Gerichtsſtand der zu einer Kontrolverſammlung einberufenen Perſonen des Beurlaubtenſtands 313.
Bevollmächtigter. Haftung desjenigen, der als Bevollmächtigter handelt, ohne es zu ſein 54.
Bevormundung, minderjähriger

Württemberger, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben 378.
Bienen. Negatorische Klage gegen das Eindringen von B. 25.
Bürge. Abtretung einer Forderung an diesen nach der Zahlung 129.

D.

Darlehen. Erfüllungsort bei Zurückzahlung eines D. 208.
Descendenten. Teilung des Nachlasses unter D. 187.
Dienstmiete. Zulässigkeit der Uebertragung der Ansprüche aus einer D. und der Klage auf Erfüllung eines D.-Vertrags gegen den Vermieter. Einseitige vorzeitige Aufhebung einer D. aus wichtigen Gründen 288.
Differenzgeschäfte 17.

E.

Ehe, zeitliche Trennung (Toleramus) nach protestantischem Eherecht 80.
Ehrengerichtshof, Veröffentlichung der Entscheidungen 325.
Entmündigung. Ist für die gleichzeitige Entscheidung (einschließlich des Verfahrens) über Anträge auf E. oder Wiederaufhebung derselben wegen Verschwendung und Geisteskrankheit nur der einmalige Ansatz der Gerichtsgebühr § 34 Ziff. 1 (früher Ziff. 2) des G.K.G. begründet oder ist der Wert der Anträge zum Zweck des Gebührensatzes zusammenzurechnen? 327.
Erbeinsetzung oder Vermächtnis? 187.
Erbschaftsantritt. Liegt in der Erklärung, zu Gunsten eines Andern auf die Erbschaft verzichten zu wollen, der Antritt einer Erbschaft 190.
Erbverzicht zu Gunsten eines Andern 190.
Erfüllungsort bei Zurückzahlung eines Darlehens 208.
Erziehung. Recht zur E. eines gemeinschaftlichen Kinds nach Scheidung der Ehe 172.
Exterritorialität 306.

F.

Fahrnis-Erlös in Verlassenschaftssachen, Einzugsgebühren des Notars 213.
Familienstiftungen, Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Beaufsichtigung sog. reiner F. 331.
Faustpfand. Verlust des Besitzes an einem F. 21.
Faustpfandurkunde, Erfordernisse 51.
Firmen von Handelsgesellschaften, H.G.B. Art. 16, 215.
Forstrügesachen, vereinfachte Zustellungsweise 116.
Fortgesetztes Delikt 114.
Früchte verpfändeter Grundstücke, Pfandklage 347.

G.

Gefälle, Strafbescheide 224.
Geisteskranke, Handlungsunfähigkeit 17.
Geldstrafe. Legitimation des Ortsvorstehers zur Vertretung der Gemeinde bezüglich des Anspruchs auf Zuweisung einer gerichtlich erkannten Geldstrafe an die Gemeindekasse 310.
Genossenschaftsregister. Verpflichtung eines landwirtschaftlichen Konsumvereins zur Anmeldung behufs Eintrags in das G. 217.
Gerichtskosten bei Entscheidung über Anträge auf Entmündigung oder Wiederaufhebung derselben 327.
Gerichtsstand der zu einer Kontrolversammlung einberufenen Personen des Beurlaubtenstands 313.
Gerüche. Negatorische Klage wegen übler G. 28.
Gesamtstrafthat, einheitliche 108.
Geschäft, kaufmännisches, Verbot des Betreibens innerhalb eines bestimmten Kreises 148.
Geschäftsführung ohne Auftrag, Verwendungsklage 246.
Geschäftsherr, Bereicherung, Verwendungsklage 246.
Gewährleistung für den Mangel einer vertragsmäßigen Eigenschaft eines Haustiers im Fall der Kenntnis

dieses Mangels auf Seiten des Veräußerers zur Zeit des Vertragsabschlusses nach dem bayerischen Gewährleistungsgesetze vom 26. März 1859. Geltendmachung des Mangels durch bestimmte Bezeichnung desselben in der Klage oder in der Streitverkündung. Garantie für „schweren Zug" ist nicht gleichbedeutend mit Garantie für „gut im Zug" 278.
Gewerbebetrieb im Umherziehen 302.
Gewerbsmäßige strafbare Handlung 115.
Gewohnheitsmäßige strafbare Handlung 115.

H.

Handelsfirmen, H.G B. Art. 16, 215.
Handlungsfähigkeit, beschränkte 255.
Handlungsunfähigkeit eines Geisteskranken 17.
Haus, Teilung 35.
Hausierhandel mit Vieh 300.
Hauskind, Hausvater. Der Hausvater ist für sein Hauskind die Kosten eines Prozesses zu bezahlen schuldig 209.
Haustiere, Gewährleistung 278.
Heiratgutsbestellung 161.

J.

Jagdkarte, Vorzeigung. Der Thatbestand der Uebertretung im Sinne des Art. 17 Ziff. 4 des Landesgesetzes, betr. die Regelung der Jagd, vom 27. Okt. 1855, 72.
Irrtum über den Meßgehalt eines Grundstücks 58.

K.

Kapitalsteuergefährdung 225.
Kaufvertrag. Bei der Frage, ob dem Käufer das Nichtkennen des Mangels des gekauften Gegenstands zur Schuld anzurechnen ist, ist der Maßstab des Sachverständigen anzulegen, wenn der Käufer Sachverständiger ist 64. Verbot des Betreibens eines kaufmännischen Geschäfts innerhalb eines bestimmten Kreises 148.
Klage, öffentliche, der Staatsanwaltschaft 96. Teilung von Klagen 238.
Körperverletzung, vorsätzliche. Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns 74.
Kollektivdelikt s. Gesamtstrafthat.
Kompensation. Klage auf K. 59.
Konkurs, Beginn des Laufs der Verjährung einer im Konkursverfahren festgestellten Forderung nach dem Ges. v. 6. Mai 1852, 218.
Konsulargerichtsbarkeit 306.
Konsumverein, landwirtschaftlicher, Verpflichtung zur Anmeldung behufs Eintrags in das Genossenschaftsregister 217.
Konvikte, Ersatz der Studienkosten 121.
Kostenfestsetzung. Darf ein Antrag auf K. in demselben Rechtsstreit nur einmal gestellt werden? 9. K. auf Grund eines rechtskräftigen Urteils, dessen Vollstreckung gemäß § 10 des Anfechtungsgesetzes vom Eintritt der Rechtskraft der gegen den Schuldner ergangenen Entscheidung abhängig gemacht wird 222.
Kreditverhältnisse, unrichtige amtliche Beurkundung 283.
Kundschaft. Verkauf eines Geschäfts mit der K. 57.

L.

Lebensversicherung. Zwangsvollstreckung in Ansprüche aus L. 366.
Liegenschaftsgesetz. Bezeichnung vom Ort und Tag des Vertragsschlusses sowie des Vertragsgegenstandes in der Vertragsurkunde 273.
Liegenschaftskaufvertrag. Der Vertrag über Auflösung eines L. bedarf keiner Form. Auf die Bezeichnung des Vertrags kommt es nicht an 12.
Lotterielose. Art. 7 Ziff. 3 des W. Polizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871, 75. Der Verkauf, das Anbieten oder Feilhalten von Losen auswärtiger, in Württemberg nicht genehmigter Lotterien an verschiedene Personen dieses Staates ist eine einheitliche Gesamtstrafthat 108.

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 653